

THÈSE DE
PARIS.
1888
N^o. 59.

UNIVERSITÉ DE FRANCE

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DU LEGS PER PRÆCEPTIONEM

DROIT FRANÇAIS

DU PRÉCIPUT CONVENTIONNEL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mercredi 20 juin 1888, à midi

PAR

GEORGES GIRAUD

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

Président : M. LYON-CAEN, professeur.

Suffragants : { MM. DEMANTE,
JALABERT, { *Professeurs*
ESMEIN, { *Agrégé*

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement

PARIS

IMPRIMERIE DES ÉCOLES
HENRI JOUVE

23, rue Racine, 23

1888

UNIVERSITÉ DE FRANCE

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DU LEGS PER PRÆCEPTIONEM

DROIT FRANÇAIS

DU PRÉCIPUT CONVENTIONNEL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mercredi 20 juin 1888, à midi

PAR

GEORGES GIRAUD

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

Président : M. LYON-CAEN, professeur.

Suffragants : { MM. DEMANTE,
JALABERT, { *Professeurs*
ESMEIN, { *Agrégé*

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement

PARIS

IMPRIMERIE DES ÉCOLES

HENRI JOUVE

23, rue Racine, 23

1888

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

PATRIS ET MATRIS MEMORIÆ

MEIS ET AMICIS



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547918_0003

DROIT ROMAIN

DU LEGS PER PRÆCEPTIONEM

PROLÉGOMÈNES

Parmi les dispositions testamentaires auxquelles les Romains attachaient une si grande importance, nous voudrions étudier celles qui présentent le caractère propre de *dispositions préciputaires*. Elles avaient toutes ce caractère commun d'autoriser celui auquel s'adresse la disposition, à prélever une partie des choses comprises dans l'hérédité.

En première ligne, figure le legs *per præceptionem* que l'on peut considérer comme le type des dispositions préciputaires. Pouvait-il s'adresser à des étrangers? Cette libéralité était-elle réservée aux seuls héritiers? Questions dont la solution sera longuement étudiée, mais qui donne une des caractéristiques du legs *per præceptionem*.

A côté de cette première disposition préciputaire, et sans doute à une époque où le legs *per præceptionem* était en pleine vigueur, s'introduisit le *prælegatum dotis*

adressé à la femme du testateur, ce qui distinguait déjà cette disposition du legs *per præceptionem* proprement dit.

Ajoutons que le *prælegatum dotis* n'avait pas toujours le caractère d'une libéralité mais qu'il était souvent un moyen fourni à la femme d'obtenir plus avantageusement la restitution de la dot qu'elle avait réellement apportée au mari.

En troisième lieu, se présente l'*institutio ex re certa*, véritable disposition précipitaire. Un trait la distingue des deux dispositions précédentes, celles-ci portant toujours sur des objets déterminés; au contraire, l'*institutio ex re certa* portesouvent sur des *universitates* tantôt *universitates rerum*, tantôt *universitates juris*.

Quoi qu'il en soit des analogies et des différences entre ces trois espèces de dispositions, le caractère précipitaire qui leur est commun nous a porté à les confondre dans une même étude dont ils formeront les trois chapitres.

CHAPITRE PREMIER

LEGS PER PRÆCEPTIONEM

Les Romains, à l'époque classique, connaissaient quatre espèces de legs : 1^o le legs *per vindicationem* ; 2^o le legs *per damnationem* ; 3^o le legs *sinendi modo* ; 4^o le legs *per præceptionem* (1).

Ces legs étaient des dispositions de dernière volonté, à titre particulier, révocables au gré du testateur. Ils étaient contenus dans un testament et caractérisés par la forme impérative dans laquelle le testateur les imposait à ses héritiers.

Le legs *per vindicationem* était classé au nombre des modes d'acquisition du droit civil, prévu par la loi, mentionné par le texte des XII Tables *Utī legassit ita jus esto* (2).

Les Romains exigeaient que ces charges fussent indiquées chacune dans une formule brève, concise, impérative, afin de bien préciser la volonté du testateur.

Primitivement même, le legs était fait sous forme d'une loi à laquelle l'héritier devait se soumettre. Ne fallait-il pas aussi une loi, un vote des comices pour ratifier le choix de celui qui avait institué un héritier ? De là le nom de legs qui vient de *legare*. « *Legatum est quod legis modo, id est, imperative, testamento relinquitur* ;

1. Gaius II, § 192, comm. Justinien. II, tit. XX, § 2, Inst.

2. Ulp. Rég. T. XI, § 14.

nam ea quæ precativo modo relinquuntur; fideicommissa vocantur » (1).

Le legs ne pouvait pas être écrit en tête du testament; il devait être précédé de l'institution d'héritier; autrement et l'institution d'héritier et le legs auraient été nuls suivant la formule: « *Institutio caput et fundamentum testamenti.* »

Les règles relatives au legs devinrent moins rigoureuses. Sous Justinien, le legs qui, autrefois ne pouvait être imposé qu'à l'héritier testamentaire, put désormais être mis à la charge de l'héritier *ab intestat*; ce fut la conséquence de l'assimilation que fit ce prince des legs aux fidéicommiss.

La définition donnée par Ulpien « *Quod legis modo testamento relinquitur* (2) » ou par Modestin « *Legatum est donatio testamento relicta* » (3) n'est donc plus exacte sous lui.

Déjà d'ailleurs une constitution des fils de Constantin rendue en l'année 339 de l'ère chrétienne avait supprimé les formules solennelles des legs, auxquelles nous avons fait allusion au commencement de notre sujet, de sorte que pour distinguer les différents legs, on s'attachait moins rigoureusement aux paroles du testateur, aux formules; on recherchait surtout l'intention de celui-ci. Longtemps d'ailleurs auparavant un sénatus-consulte Néronien avait décidé qu'un legs, nul à raison de l'impro-

1. Ulp. Reg. T. XXIV, § 1.

2. Ibid.

3. Dig. XXXI, II, Loi 36, Mod.

priété de la formule, vaudrait comme *legs per damnationem* (1).

Attachons-nous maintenant au seul *legs per præceptionem*.

Quant à sa formule le *legs per præceptionem* était ainsi conçu: « *Lucius Titius hominem Stichum præcipito* » (2).

Ce *legs* était donc caractérisé spécialement par les deux traits suivants : le testateur s'adressait au légataire, comme dans le *legs per vindicationem*, le testateur employait l'expression distinctive *præcipito*.

Plusieurs questions s'imposeront successivement à notre examen.

Après avoir cherché à résoudre la question si controversée des personnes auxquelles peut s'adresser un *legs per præceptionem*, nous devons déterminer également les choses qui peuvent être l'objet de ce *legs*.

Quels en sont d'ailleurs les effets ?

Les modalités qui peuvent affecter les *legs* en général sont-elles applicables à ce *legs* particulier et y produisent-elles certains effets spéciaux ?

Enfin nous devons appliquer les règles du droit d'accroissement et celles de la loi Falcidie au *legs per præceptionem*.

Ces différentes questions feront l'objet des sections suivantes :

1. Ulp. Reg. T. XXIV, § 116.

2. Gaius, *Comm.*, II, § 216

SECTION I

Personnes auxquelles on peut léguer per præceptionem.

Mais à *qui* ce legs pouvait-il être adressé ?

Les Sabinien, s'attachant à l'étymologie du mot *præcipito* décidaient que ce legs ne pouvait être fait qu'à un de deux ou plusieurs héritiers institués par testament, car *præcipere*, c'est prélever, prendre avant un autre : *præcipuum sumere; extra portionem hereditatis*; ce qui ne peut avoir lieu que dans la personne de celui qui est institué pour une part et qui, en dehors de sa part héréditaire, prélèvera son legs. Les Sabinien tiraient de là cette conséquence que fait à un *extraneus*, ce legs était inutile et ne pouvait pas même être validé par le sénatus-consulte Néronien; c'était l'opinion de Sabinus; d'après lui, ce sénatus-consulte ne confirme que les legs qui ne sont pas valables en droit civil par le vice des expressions et non ceux qui ne seraient pas dus à cause de la personne même du légataire. Voici du reste en quels termes s'exprime Gaïus aux §§ 217 et 218 de ses Institutes, commentaire deuxième. « *Sed nostri quidem præceptores nulli alii eo modo legari posse putant, nisi ei, qui aliqua ex parte heres scriptus esset : præcipere enim esse, præcipuum sumere; quod tantum in ejus persona procedit, qui aliqua ex parte heres institutus est, quod in extra portionem hereditatis præcipuum legatum habiturus sit* § 218. *Ideoque si extraneo legatum fuerit, inutile est legatum. Adeo ut Sabinus existimaverit, ne quidem ex senatusconsulto Neroniano posse*

convalescere : nam eo, inquit, senatusconsulto ea tantum confirmantur, quæ verborum vitio jure civili non valent ; non quæ propter ipsam personam legatarii non deberentur. »

Julien et Sextus décidaient le contraire, car même dans ce cas, d'après eux, c'est à raison des termes employés que le legs se trouve inutile d'après le droit civil ; cela résulte évidemment de ce qu'on léguerait valablement à la même personne en employant d'autres termes ; c'est-à-dire *per vindicationem, per damnationem* ou *sinendi modo*. C'est au contraire par le défaut de la personne que le legs ne vaut pas, quand il a été fait à celui à qui on ne pouvait léguer d'aucune manière, par exemple à un *pérégrin*, avec qui l'on n'a pas la *factio testamenti* ; auquel cas il n'y pas lieu assurément d'appliquer le sénatus-consulte Néronien. Gaïus s'exprime ainsi au § 218 *in fine* de son deuxième commentaire : « *Sed Juliano et Sexto placuit, etiam hoc casu ex senatusconsulto confirmari legatum : nam ex verbis etiam hoc casu accidere, ut jure civili inutile sit legatum, inde manifestum esse, quod eidem aliis verbis recte legatur, velut per vindicationem, per damnationem, sinendi modo : tunc autem vitio personæ legatum non valere, cum ei legatum sit, cui nullo modo legari possit, velut peregrino, cum quo testamenti factio non sit, quo plane casu senatusconsulto locus non est. »*

Les Proculéiens, contrairement à l'opinion sabinienne, admettaient que le testateur pouvait léguer *per præceptionem* même à un étranger, comme s'il avait écrit : « *Titius hominem Stichum capito*, » la syllabe *præ* dans le mot *præcipito* étant réputée superflue. Leur opinion tendait à

assimiler le *legs per præceptionem* au *legs per vindicationem*. « *Sed diversæ scholæ auctores putant, etiam extraneo per præceptionem legari posse proinde, ac si ita scribatur: « Titius hominem Stichum capito; » supervacuo adjecta præ syllaba: ideoque per vindicationem eam rem legatam videri (1).* »

En résumé, pour le cas où le *legs per præceptionem* aurait été fait à un étranger trois opinions distinctes s'étaient produites : 1^o Selon Sabinus ce *legs* était radicalement nul et ne pouvait pas même être validé en vertu du sénatus-consulte Néronien ; 2^o Selon Julien, nul d'après le droit civil, il pouvait être confirmé par le sénatus-consulte Néronien, et valoir alors comme *legs per damnationem* ; 3^o Selon les Proculéiens, il n'avait pas besoin d'être confirmé et valait toujours comme *legs per vindicationem*.

Une constitution de l'Empereur Adrien a fait cesser la controverse très vive qui s'agitait sur la validité du *legs per præceptionem* adressé à un étranger en adoptant l'opinion proculéienne. « *Quæ sententia dicitur divi Hadriani constitutione confirmata esse (2).* » Nous retrouvons des traces de cette constitution dans un texte du code qui décide que l'héritier même renonçant peut revendiquer la chose léguée par *præciput*, que repoussait l'opinion sabinienne. « *Filiæ mater prædium ita legavit : « Præcipito, sumito extra partem hereditatis.* » *Cum hereditati matris filia renunciasset, nihilominus eam recte legatum vindicare visum est (3).* »

1. Gaius, II, § 221.

2. *Ibid*, II, § 221.

3. Cod VI, 37, loi 12.

Voici une autre question également très-intéressante sur laquelle les Proculéiens, et les Sabinien^s devaient être en désaccord.

L'*heres prælegatarius* pouvait tout comme un héritier ordinaire refuser l'hérédité testamentaire; mais pouvait-il accepter le prélegs malgré cette répudiation?

Oui, assurément dans l'opinion proculéienne qui considérait comme legs *per vindicationem*, le legs fait à un *extraneus*, non, au contraire dans l'opinion sabinienne, qui n'admettait pas le *prælegatum* adressé à un *extraneus*, conformément à l'étymologie du mot *præcipere*.

Nous l'avons dit plus haut, une constitution de l'empereur Adrien a mis fin à cette controverse célèbre et nous en trouvons des traces dans un texte du code qui décide qu'une fille à qui sa mère avait légué un fonds en ces termes, à prélever dans la succession « *Præcipito, sumito extra partem hereditatis* » put le revendiquer, malgré sa renonciation à la succession maternelle. (1)

SECTION II

Choses qui peuvent être léguées per præceptionem.

Quant aux choses qui peuvent faire l'objet du legs *per præceptionem*, l'opinion sabinienne admettait encore que le testateur ne pouvait léguer ainsi qu'une chose qui lui appartenait, soit qu'il en fût propriétaire *ex jure Quiritium* ou qu'il l'eût seulement *in bonis*; pour celles qui ne lui appartenaient à aucun titre, elles ne pouvaient faire

1. Cod. VI. 37. loi 12.

l'objet de ce legs puisque l'action *familiæ erciscundæ* ne comprend que les choses héréditaires.

Si donc le testateur, lègue de cette manière une chose qui n'est pas à lui, le legs sera inutile d'après le droit civil ; mais il sera confirmé par le sénatus-consulte Néro-nien qui accorde une action personnelle. Les Institutes de Gaïus que nous avons déjà citées s'expriment en ces termes au § 220, chapitre deuxième : « *Unde intelligimus, nihil aliud secundum nostrorum præceptorum opinionem per præceptionem legari poss: nisi quod testatoris sit : nulla enim alia res, quam hereditaria, deducitur in hoc iudicium. Itaque si non suam rem eo modo testator legaverit, jure quidem civili inutile erit legatum, sed ex senatusconsulto confirmabitur.* »

Par exception, les Sabinien^s admettent qu'on peut léguer *per præceptionem* la chose d'autrui, lorsqu'on lègue la chose manci^lée à un créancier *fiduciæ causa*. Dans ce cas, le juge de l'action *familiæ erciscundæ* peut forcer chacun des cohéritiers à dégager la chose, en remboursant le créancier, afin que celui à qui elle a été ainsi léguée puisse la prélever. « *Aliquo tamen casu etiam alienam rem per præceptionem legari posse fatentur : veluti si quis eam rem legaverit, quam creditori fiduciæ causa mancipio dederit; nam officio judicis coheredes cogi posse existimant, soluta pecunia solvere eam rem, ut possit præcipere is, cui ita legatum sit (1).* »

Quant au créancier à qui le testateur avait aliéné *fiduciæ causa*, il peut léguer la chose à un de ses héritiers sans

1. Gaïus, Comm. II, § 220.

aucun doute, car sur sa tête réside la qualité de propriétaire.

Dans ce cas l'héritier légataire et ses cohéritiers restent tenus envers les héritiers du testateur de l'action *fiduciæ directa*. « *Si creditor rem fiduciæ datam uni ex heredibus vel extraneo legaverit, adversus omnes heredes actio fiduciæ competit* (1). »

Nous avons vu que les Proculéiens, au § 221, chapitre deuxième des Institutes de Gaius, assimilaient le legs *per præceptionem* au legs *per vindicationem*. Mais ils ne suivaient pas entièrement les règles de ce dernier legs quant aux choses qui pouvaient en faire l'objet : ils s'écartaient de ces règles en permettant au testateur de léguer *per præceptionem* à un *extraneus* sa chose *in bonis*, faculté qu'ils lui refusaient dans le legs *per vindicationem*.

Ainsi d'après cette opinion, si la chose appartenait au défunt, *ex jure Quiritium*, elle pouvait être revendiquée par le légataire, qu'il fût un des héritiers ou un *extraneus*.

Si le testateur l'avait seulement *in bonis*, le legs ne sera utile pour l'*extraneus* qu'en vertu du sénatus-consulte Nérone. Quant à l'héritier, il poursuivra l'exécution du legs au moyen de l'action *familiæ erciscundæ*.

Si la chose n'appartenait au défunt à aucun titre, le legs sera validé par le sénatus-consulte, en faveur de l'héritier comme en faveur de l'étranger. Ces diverses solutions se trouvent exposées dans le texte suivant : « *Secundum hanc igitur opinionem, si ea res ex jure Quiritium*

1. Paul, Sent. II, 13, § 6.

defuncti fuerit, potest a legatario vindicari, sive is unus ex heredibus fuit, sive extraneus : et si in bonis tantum testatoris fuerit, extraneo quidem ex senatusconsulto utile erit legatum, heredi vero familie eriscundæ judicis officio præstabitur : quod si nullo jure fuerit testatoris, tam heredi, quam extraneo ex senatusconsulto utile erit (1). »

SECTION III

Effets du legs per præceptionem.

Les effets du legs *per præceptionem* sont différents suivant qu'il est adressé à un *héritier* ou à un *extraneus*. Examinons successivement les deux hypothèses.

I. — *Fait à un HÉRITIER*, avons-nous dit, le legs *per præceptionem* est valable. Quel en est alors l'effet? Transfère-t-il directement, *recta via*, la propriété de toute la chose léguée à l'héritier précipitaire, cette chose ne se trouvant plus dans la masse partageable par suite de la disposition testamentaire? Faut-il au contraire considérer l'héritier seulement comme propriétaire indivis de cette chose, à charge d'en obtenir la propriété de ses co-héritiers pour la part qui ne lui appartient pas : par l'un des modes translatifs de la propriété, *mancipatio*, *cessio in jure*, *traditio*, en cas de partage amiable; par l'action *familie eriscundæ*, en cas de désaccord entre eux?

Sur ce point, les Romains n'ont pas attaché au legs *per præceptionem* adressé à un *heres* autant d'effet qu'au legs *per vindicationem* adressé à un *extraneus*.

1. Gaius, Comm. II, § 222.

Ce dernier legs, nous l'avons dit, transférait la propriété, de toute la chose, *recta via*, sans qu'il fût besoin pour le bénéficiaire de s'adresser à qui que ce fût pour faire compléter le droit qui lui appartenait. Le légataire avait la revendication *erga omnes*. Voici du reste les termes employés par Gaïus : « *Ideo autem per vindicationem legatum appellatur, quia post aditam hereditatem statim ex jure Quiritium res legatarii fit : et si eam legatarius vel ab herede, vel ab alio quocumque, qui eam possidet, petat, vindicare debet, id est, intendere, rem suam ex jure Quiritium esse* (1). »

Il n'en est pas ainsi pour le legs que nous étudions : lorsque deux héritiers, par exemple ayant été institués, un legs *per præceptionem* est adressé à l'un d'eux, le legs est valable pour la part que *a coherede potest dari* (2) et nul pour la part que le légataire se devrait à lui-même, « *Heredi a semetipso legatum dari non potest* (3). »

Le legs *per præceptionem* adressé à un *heres*, valable pour partie et nul pour l'autre, ne produisait donc pas des effets aussi pleins, aussi énergiques que le legs *per vindicationem* adressé à un *extraneus*. Il ne pouvait donner la revendication à l'héritier que pour la part qui lui appartenait *jure legatario*. En effet pour cette part, le legs *per præceptionem* équivalait à un legs *per vindicationem*. Le legs au contraire était nul pour la part qui était due à l'héritier *jure hereditario*. Nous verrons en parlant de l'accroissement que l'héritier se trouve quant à cette seconde

1. Gaïus, Comm. II, 194. — L. 80, D. XXXI, II, de leg.

2. L. 116, §I, D. XXX, I.

3. Ulpien XXIV, 22.

part dans l'indivision avec ses cohéritiers; il obtiendra donc cette part *officio judicis* dans l'action *familiæ erciscundæ*.

Voyons ce que dit Gaius à ce sujet.

« *Item nostri præceptores quod ita legatum est, nulla ratione putant posse consequi eum, cui ita fuerit legatum, judicio familiæ erciscundæ, quod inter heredes de hereditate erciscunda, id est, dividunda accipi solet: officio enim judicis id contineri, ut et quod per præceptionem legatum est, adjudicetur* (1). » Il suit de ce texte que pour les Sabiniens, le *prælegatum* ne peut être attribué à l'*heres* que par l'action *familiæ erciscundæ*. C'est donc que le legs *per præceptionem* n'était pas au nombre des modes d'acquisition du droit civil, comme le legs *per vindicationem*. Nous ne sommes donc pas éloigné de croire qu'une controverse pût s'élever entre les deux écoles sur les effets de ce legs adressé à un *heres*. N'y avait-il pas déjà controverse entre elles et sur les personnes à qui on pouvait léguer *per præceptionem* et sur les choses qui pouvaient faire l'objet de ce legs? On peut donc conjecturer que pour les Proculéiens, jurisconsultes animés d'idées libérales et pratiques, aucune action en partage de succession n'était nécessaire à l'*heres prælegatarius* pour se faire attribuer son legs; il avait ainsi la propriété pleine et entière de la chose en vertu de la volonté du testateur. Et en effet à quoi eût servi l'action *familiæ erciscundæ*, puisque de par la volonté du testateur, l'objet légué n'est plus dans la masse héréditaire. Cette action n'a d'utilité que pour opérer le partage de choses communes

1. Gaius. comm. II § 219.

et l'adjudication qui intervient produit deux effets : 1^o détermine la part de chacun des cohéritiers ; 2^o transfère à chacun d'eux, la propriété des objets indivis.

Pour les Sabinien, au contraire, jurisconsultes plus théoriques, ils avaient probablement été frappés de ce fait que dans le *prælegatum* adressé à un *heres*, celui-ci est déjà propriétaire d'une fraction de l'objet légué, *jure hereditario* ; aussi oubliant l'assimilation qui existait entre le legs *per præceptionem* et le legs *per vindicationem*, analysaient-ils d'une façon étroite la disposition préciputaire, et décidaient-ils en jurisconsultes timorés et subtils qu'une action en partage de succession était nécessaire dans ce cas-là pour fixer d'une façon définitive et immuable la propriété entière de l'objet légué sur la tête de l'héritier prélegataire.

Cette conjecture est fort possible et nous en trouvons des traces dans le texte de Gaïus. Quand il nous dit au § 219, qu'il est dans les attributions du juge d'adjuger ce qui a été légué par préciput, *officio enim judicis id contineri, ut et quod per præceptionem legatum est, adjudicetur*, il dit *nostri præceptores putant*, ces mots prouvent d'un côté que ce sentiment n'était pas admis par les Proculéiens, d'un autre côté, que la certitude des Sabinien n'était pas bien ferme à cet égard. Du reste, Gaïus ne parle de cette question qu'incidemment et, en nous disant que l'*heres prælegatarius* ne peut obtenir son legs par aucune autre voie que par l'action *familiæ erciscundæ*, *nulla ratione putant posse consequi eum, cui ita fuerit legatum, judicio familiæ erciscundæ*, il aurait l'air d'exclure les autres modes de transmission de la propriété qui se fai-

saient à l'amiable, cette action n'intervenant guère qu'en cas de contestation.

D'après les Proculéiens au § 222, que nous avons déjà cité, si la chose était au défunt *ex jure Quiritium*, elle pouvait être revendiquée par l'*heres*, et si la chose était *in bonis testatoris*, celui-ci l'obtenait par l'action *familiæ erciscundæ*. *Secundum hanc igitur opinionem, si ea res ex jure Quiritium defuncti fuerit, potest ab herede vindicari : et si in bonis tantum testatoris fuerit, heredi familiæ erciscundæ judicis officio præstabitur*. Pour les Proculéiens, le *legs per præceptionem*, adressé à un *heres*, a donc les mêmes effets que le *legs per vindicationem*, au moins dans un cas.

Quelle qu'ait été l'opinion adoptée, il résulte bien des textes que nous allons passer en revue que la vocation au legs ne peut jamais naître au profit de celui-là même qui en serait grevé, car il implique contradiction qu'une même personne ait à la fois le bénéfice et la charge, l'un détruisant nécessairement l'autre. Voici les conséquences qui en résultent :

1° Lorsque le testateur n'a institué qu'un héritier, il ne peut rien lui laisser *per præceptionem* « *Heredi a semetipso legari non potest* (1). »

2° Quand deux ou plusieurs héritiers sont institués par testament, le testateur peut avantager l'un par un *prælegatum*. Alors ce legs est valable en tant qu'il grève la part de l'*heres* non prélegataire et nul en tant qu'il grève la part du *prælegatarius*, en vertu du principe que nous venons d'énoncer.

1. Ulp. Reg. XXIV. § 22.

Si donc le testateur a institué deux héritiers, l'un pour une once, l'autre pour onze onces, ce qui forme une unité égale à douze onces, et qu'il leur ait légué un fonds, nous sommes en présence de deux legs, dont chacun est frappé de nullité pour partie, mais dans une mesure inégale.

Celui qui est institué héritier pour une once, qui a par conséquent un douzième de la succession, est valablement légataire jusqu'à concurrence de onze douzièmes du fonds légué; celui, au contraire, qui est héritier pour onze onces, n'est valablement légataire que pour la part de son cohéritier, c'est-à-dire pour une once. Quand il lui demandera ce douzième, celui-ci ne pourra à son tour lui opposer sa qualité de légataire, qui est nulle, quant à la part pour laquelle il a été institué, nullité dont il doit recueillir le bénéfice par droit d'accroissement (1).

3° L'*heres prælegatarius* peut avoir pour colégataires des *extranei*. Dans ce cas, le legs fait à l'héritier ne sera nul que pour la part qui est à sa charge comme héritier et cette nullité en vertu des règles sur l'accroissement profitera aux *collegatarii extranei*.

Quant à la portion du legs qui grève la part des cohéritiers, l'*heres per præceptionem* prend la qualité d'un *extraneus* et, dans cette mesure, ses droits seront les mêmes que ceux de ses colégataires (2).

4° Le prélegataire qui se serait mis en possession de la chose léguée sans la volonté de ses cohéritiers, n'est tenu de l'interdit *quod legatorum* que pour la part à laquelle il a droit *jure legati*, comme l'atteste Ulpien (3). Passons

1. D. Loi 34, 12, XXX, 1.

2. D. L. 34, 11; L. 116, 1, XXX, 1.

3. L. 1, 6, XLIII, 3, D.

à notre seconde hypothèse, celle du *legs per præceptionem* fait à un *extraneus*.

II — *Fait à un extraneus*, pour les Sabinien, ce legs ne produit pas d'effet ; pour ceux qui admettent la validité en vertu du sénatus-consulte Neronien, il produit les effets d'un legs *per damnationem*, c'est-à-dire qu'il confère au bénéficiaire non pas un droit réel, mais un droit de créance qu'il fera valoir contre les héritiers du testateur au moyen d'une *condictio ex testamento*. « *Quod autem ita legatum est (per damnationem), post aditam hereditatem, etiamsi pure legatum est, non ut per vindicationem legatum, continuo legatario acquiritur, sed nihilominus heredis est. Ideo legatarius in personam agere debet, id est, intendere, heredem sibi dare oportere : et tum heres rem, si Mancipi sit, Mancipio dare, aut in jure cedere, possessionem que tradere debet ; si nec Mancipi sit, sufficit si tradiderit. Nam si Mancipi rem tantum tradiderit, nec Mancipaverit, usucapione demum pleno jure fit legatarii : finitur autem usucapio, ut supra quoque diximus, mobilium quidem rerum anno, earum vero, quæ solo tenentur, biennio (1). »*

Pour ceux qui transforment le legs *per præceptionem* fait à un *extraneus*, en legs *per vindicationem*, ce legs attribue la propriété immédiate, *recta via*, au légataire qui aura pour obtenir la chose léguée, l'action en revendication contre tous tiers détenteurs, car nous avons vu que le legs *per vindicationem* était un des modes d'acquisition du droit civil (2). Dans cette hypothèse, le légataire rece-

1. Gaius, II, 204.

2. *Ibid.* II, 194.

vait directement du testateur ce que celui-ci avait séparé de la masse héréditaire : « *Recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat, nunquam factum heredis* (1). » Le legs *per vindicationem* restait donc étranger à l'hérédité.

SECTION IV

Modalités du legs per præceptionem.

Les legs pouvaient être soumis par le testateur à certaines modalités, comme le *terme* et la *condition*, dans le but de suspendre l'exécution ou l'existence du legs jusqu'à l'arrivée d'un certain événement. Le terme, *dies*, est un événement futur et certain qui peut consister dans une date fixe et dans une date non fixe.

On distingue donc le terme certain et le terme incertain.

La condition, comme le terme, est un événement futur, mais à la différence du terme, elle est un événement incertain.

Le terme incertain n'est pas régi par les mêmes règles que le terme certain, en matière de legs.

Papinien a formulé en ces termes la règle appliquée au terme incertain : « *Dies incertus conditionem in testamento facit.* », et Ulpien : « *Dies incertus appellatur conditio* (2). »

Sur ces deux modalités, nous rencontrons plusieurs questions spéciales au legs *per præceptionem*.

1. Pap. D. L. 80, XXXI, II, *de leg.* Gaius, II, 194.

2. D. XXXV, I, *de cond.* Loi, 75-XXX, I, *de leg.* 30, 4 Clp.

I. — Quant au *terme, dies*, il nous faut distinguer entre le terme suspensif, *dies a quo* et le terme extinctif, *dies ad quem*.

Le terme suspensif était admis sans controverse dans toute espèce de legs.

Le terme extinctif, ne l'était pas dans les legs *per damnationem* et *sinendi modo*, et malgré l'arrivée du terme, l'obligation de fournir ce legs subsistait encore, *jure civili*. Cependant l'héritier pouvait refuser de le payer en invoquant une exception de dol.

Pour le legs *per vindicationem*, le vieux principe romain qui annulait tout transfert de propriété *ad tempus*, devait conduire à en exclure le terme *ad quem* et par suite à annuler la disposition testamentaire de cette nature. « *Idem Aurelio Carrenoni. Si stipendiariorum proprietatem dono dedisti, ita ut post mortem ejus qui accepit ad te rediret, donatio inrita est, cum ad tempus proprietas transferri nequiverit.* » § 283. *fragmenta Vaticana*.

Telle fut, en effet, la législation jusqu'à Justinien qui admit le transfert de propriété *ad tempus* et dut par conséquent admettre le terme *ad quem* dans le legs *per vindicationem*.

Reste le legs *per præceptionem*. Il n'admettait pas le terme *ad quem* au moins pour les Proculéiens qui assimilaient ce legs adressé à un *extraneus*, au legs *per vindicationem*.

Pour les Sabinien, la question ne pouvait pas se poser puisqu'ils annulaient toujours, nous l'avons déjà dit, ce legs adressé à un étranger.

II. — Quant à la *condition*, deux questions spéciales se présentent : l'une relative à la *caution Mucienne*, l'autre relative à la *cautio legatorum*.

Caution Mucienne. — Lorsque le légataire est gratifié d'un legs sous une condition négative qui dépend de sa volonté, par exemple *si in Capitolium non ascenderit, si in Asiam non ierit*, s'il devait attendre pour jouir de son legs que la condition ne pût plus défaillir, il attendrait jusqu'à sa mort, par suite ses héritiers et non lui seraient seuls appelés à en jouir. Aussi les Romains tenant compte de l'*intuitus personæ*, c'est-à-dire de la volonté du testateur de gratifier personnellement le légataire *per præceptionem*, ont-ils admis que celui-ci jouirait du legs à lui fait sous condition négative, à la charge de fournir la caution *Mucienne*, promesse accompagnée de *satisfactio*, par laquelle il s'engageait envers l'héritier à lui restituer le legs en cas de défaillance de la condition, ou sa valeur *vel fundum, vel quanti ea res est* (1).

Cette règle était admise sans aucun doute dans l'hypothèse d'un legs *per præceptionem* adressé à un *extraneus*, dans l'opinion proculéienne, par suite de l'assimilation qu'elle faisait de ce legs avec le legs *per vindicationem*.

Mais la caution *Mucienne* était-elle admise au cas de *prælegatum* adressé à un des héritiers du *de cujus*, sous la même condition négative?

Nous ne connaissons pas de texte ayant en vue cette hypothèse. Vraisemblablement le juge de l'action *familiae*

1. D. XXXV, I, L. 67.

erciscundæ, chargé d'opérer le partage de la succession entre tous les ayant-droit devait adjuger son legs à l'*heres prælegatarius*, celui-ci ne pouvant être moins bien partagé que le *prælegatarius extraneus*, par suite de sa qualité de propriétaire à titre indivis de la chose léguée, mais le juge devait en même temps exiger de lui la promesse de restituer à ses cohéritiers leurs propres parts dans la chose léguée, à charge de fournir une caution pour garantir l'exécution de cette promesse, et cette caution ne pouvait être que la caution *Mucienne*. *Nec solum, in legatis placuit, verum in hereditatibus quoque idem remedium* (Cautio Muciana) *admissum est* (1).

Dans ce cas la caution devait comprendre seulement la valeur de la chose léguée, déduction faite de la part à laquelle le légataire avait droit comme héritier.

Indépendamment de cette caution, on aurait pu considérer le prélegataire héritier comme tenu d'une obligation ayant sa source dans l'indivision, mais cette obligation n'étant pas cautionnée par un tiers, les cohéritiers avaient à redouter l'insolvabilité du prélegataire.

Cautio legatorum. — Le légataire à terme ou sous condition n'est pas dans une situation comparable à celle d'un créancier par acte entre-vifs : celui-ci a pu exiger de son débiteur en contractant avec lui, des sûretés comme une hypothèque, une caution ; le légataire *per præceptionem* ne l'a pas pu, n'ayant pas contracté avec l'héritier du défunt.

De là un grand danger pour lui. A l'arrivée du terme

1. D. XXXV, 1, L. 7, p.

ou à l'époque de la réalisation de la condition, l'héritier pouvait contester la validité ou l'étendue du legs, ou même se trouver insolvable. Pour parer à ce double danger, le légataire conditionnel pouvait demander que l'héritier, par stipulation, s'engageât envers lui à exécuter le legs et fit garantir cet engagement par une caution.

Telle était la *cautio legatorum* admise par le droit prétorien. Si l'héritier la refusait, le légataire pouvait se faire envoyer en possession des biens de la succession par le Préteur et les conservait ainsi à titre de gage. « *Legatorum nomine satisdari oportere Prætor putavit, ut, quibus testator dari fieri ve voluit, his diebus datus vel fiat: dolum que malum abfuturum stipulentur* » (1) « *Nec sine ratione hoc Prætori visum est, sicuti heres incumbit possessioni bonorum, ita legatarius quoque carere non debere bonis defuncti: sed aut satisdabitur eis, aut, si satis non datur, in possessionem bonorum venire Prætor voluit* » (2). »

Incontestablement le légataire *per præceptionem extraneus* étant assimilé par les Proculéiens au légataire *per vindicationem* avait droit à cette *cautio*. Malgré le droit réel éventuel qu'il avait sur la chose léguée, cette caution lui était utile en cas de contestation avec les héritiers institués, sur l'étendue ou sur la validité de son legs.

Mais c'était surtout au légataire *extraneus* de la chose d'autrui que cette caution était utile.

D'après le sénatus-consulte Néronien, nous l'avons vu, le legs de la chose d'autrui adressé à un *extraneus* produisait les effets du legs *per damnationem*, par suite

1. D. XXXVI, 3, L. 1. p.

2. Ibid. § 1. 2.

ne conférait au légataire qu'un droit de créance qu'il faisait valoir contre les héritiers de la succession.

C'était surtout pour lui que cette *cautio* était utile. Non-seulement elle le mettait à couvert des contestations que ne manqueraient pas souvent d'élever les héritiers sur la validité ou l'étendue du legs, mais encore elle le garantissait contre l'insolvabilité de ces derniers, puisque nous le répétons, il n'avait pas en cas de legs *per damnationem* la revendication que lui conférait le legs *per vindicationem*. La *cautio legatorum* était-elle de quelque utilité au *prælegatarius heres* ?

Ce qui peut faire doute c'est que celui-ci étant déjà en possession indivise de la chose léguée avait plus de droits que ses cohéritiers pour se la faire attribuer au moins provisoirement. Ne joignait il pas à sa qualité d'héritier d'une partie indivise de cette chose, la qualité éventuelle de légataire de la totalité ? En pratique, le juge de l'action *familiæ erciscundæ* pouvait donc la lui attribuer provisoirement sous promesse de restitution de l'excédant de sa part à ses cohéritiers. Et cette promesse le plus souvent devait être cautionnée. On retombait ainsi dans un cas analogue à celui de la caution *Mucienne*. Le juge aurait pu, s'il avait voulu, attribuer provisoirement la chose léguée aux héritiers, et c'est dans ce cas que la *cautio legatorum* eût été de quelque utilité à l'*heres prælegatarius*, puisqu'il aurait eu le droit, sur le refus de ceux-ci de lui fournir satisfaction de la restitution de l'objet, de se faire envoyer par le Préteur, en possession de tous les biens héréditaires, tout comme un légataire *extraneus*, et comme lui, il les aurait conservés à titre de

gage. L'héritier prélegataire jouissait-il de cette caution? Nous ne connaissons pas de texte visant cette hypothèse. Et peut-être n'en existe-t-il pas, car vraisemblablement le juge n'aurait pas attribué la propriété entière de l'objet légué aux cohéritiers en cas de refus de leur part de donner toutes garanties au prélegataire pour la restitution de son legs.

Il est donc à présumer que le Préteur n'a pas établi ou étendu cette *cautio legatorum* aux prélegataires héritiers, la nécessité ne s'en étant pas fait sentir comme dans le cas de prélegs à un *extraneus*.

Fournie pour un legs conditionnel, la *cautio legatorum* s'évanouit lorsque *pendente conditione*, le légataire décède, car il est certain que le droit au legs ne naîtra jamais.

Cette *cautio* était très utile en droit romain, parce que jusqu'à Justinien, le légataire n'avait pas de garantie spéciale.

La *cautio legatorum* est devenue inutile quand cet empereur a donné aux légataires une hypothèque sur les biens de la succession, disposition d'ailleurs qui a passé en droit français, où les légataires conditionnels ou non, ont sur les biens de la succession une hypothèque légale.

SECTION V

Droit d'accroissement dans le legs per præceptionem.

Quelles sont les règles du droit d'accroissement applicables au cas où des legs *per præceptionem* auraient été faits aux héritiers institués ?

Lorsqu'un legs par préciput est conçu dans les termes suivants : *Titius et Seius hominem Stichum præcipite*, ou *Titius hominem Stichum præcipito*, *Seius hominem Stichum præcipito*, nous avons deux legs qui peuvent donner lieu à l'accroissement au profit de *Titius* ou de *Seius*, au cas où l'un d'eux viendrait à faire défaut.

Le droit d'accroissement est le droit qui compète à l'un des appelés de prendre la part du défaillant, part qui, sans cela, serait restée dans l'hérédité pour être partagée entre tous les héritiers institués. Ainsi, quand il y a lieu au *jus accrescendi*, la nullité, la révocation ou la caducité du legs fait à l'un des colégataires profite aux autres, au lieu de profiter, suivant le droit commun, aux héritiers, débiteurs du legs.

Il y a lieu au droit d'accroissement entre *collegatarii* toutes les fois qu'une même *res* a été léguée *in solidum* à chacun ; il faut que chaque *prælegatarius* soit appelé éventuellement au moins, *ex voluntate testatoris*, à recueillir la *res* en totalité.

En un mot, il faut qu'il y ait solidarité de vocation entre tous les appelés.

Alors, si tous les *collegatarii* répondent à l'appel, la

res prælegata est partagée entre eux, par suite de l'impossibilité où serait le juge, de la donner tout entière à chacun, lors même que chacun en est légataire pour le tout.

Il s'opère donc un partage, en vertu de cette règle de droit, « *concurso partes fiunt.* »

L'un des *collegatarii* fait-il défaut, il y aura un copartageant de moins ? Tous moins un, sont-ils dans ce cas, ce dernier prendra la *res prælegata*, *in solidum* puisqu'il n'a plus en face de lui aucun droit rival ?

Tel était, dans la législation romaine, le droit d'accroissement, lorsque le legs portait sur des corps certains, aussi bien dans le legs *per præceptionem* que dans le legs *per vindicationem*.

Ces règles ne s'appliquaient plus si le testateur au lieu d'une *res*, avait légué *per præceptionem*, une créance à deux héritiers par exemple. Dans ce cas, le *jus accrescendi* n'avait pas lieu par suite de la division *ipso jure* des créances, division qui remonte, dit-on, jusqu'à la loi des Douze Tables.

On appliquait alors la maxime « *damnatio partes facit* (1), » par suite la part de la créance du défaillant au lieu d'être gagnée par les autres légataires, restait aux héritiers, dispensés de payer. Le *jus accrescendi* avait pour base, la volonté du *de cujus*, nettement exprimée, en l'absence de laquelle, la caducité, la nullité d'un *legatum* profitait à la masse héréditaire, débitrice des charges imposées dans le testament.

Revenons au legs *per præceptionem*.

1. §. 85, Vat frag. Gaïus, comm. II, § 205.

Léguer à un *heres* par prélèvement, un objet héréditaire, c'est dans une certaine mesure, le charger de se payer à lui-même le legs, au moins jusqu'à concurrence de l'excédant de sa part héréditaire, ce qui est impossible, comme nous allons le voir. Le legs est valable en ce qui concerne la part de son cohéritier et nul en ce qui concerne celle de l'*heres prælegatarius*, comme le décident plusieurs jurisconsultes, entre autres, Ulpien, titre XXIV de *legatis*, § 22 « *Heredi a semetipso legari non potest,* » et Florentinus, loi 116, § 1, au Digeste, liv. XXX, tit. 1. « *Heredi a semetipso legatum dari non potest, a coherede potest.* »

La nullité qui atteint le legs pour partie exercera une influence considérable sur le droit d'accroissement, dans le cas où l'*heres prælegatarius* serait en concours avec des *collegatarii extranei*.

La loi 34 § 11 décide qu'ils profiteraient de la nullité de cette partie du legs (1). « *Si duobus res sit legata, quorum alter heres institutus est, a semetipso ei legatum inutiliter videtur, ideo que quod ei a se legatum est ad collegatarium pertinebit.* »

En suivant le principe posé par la loi 34, § 11 au Digeste, il faut décider que le legs *per præceptionem* fait aux deux seuls héritiers institués dans le testament, se répartira entre eux dans une proportion inverse à celle suivant laquelle se répartit l'hérédité, c'est ce que décide Ulpien. « *Inde dicitur : si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim uncis, et eis fundus legatus sit, unciarum heredem undecim partes in fundo habiturum, cohe-*

1. Voy. D. XXX, l. de leg.

redem unciam (1). » Si, dit ce jurisconsulte, un testateur institue deux héréditaires pour des parts inégales, *unus ex uncia*, *alter ex undecim unciis*, et leur lègue *per præceptionem* un fonds; ces deux legs sont frappés de nullité pour partie, chaque legs n'étant valable que pour la part *quæ a coherede relicta est*.

L'*heres ex uncia*, ayant un douzième de l'hérédité peut demander à l'*heres ex undecim unciis*, les onze douzièmes du fonds légué, car dans cette proportion, ce legs est nul et, en vertu de la règle précédente sur l'accroissement, profite au colégataire.

L'*heres ex undecim unciis* peut, à son tour, demander à son cohéritier un douzième du fonds légué *per præceptionem*, ce legs étant lui aussi nul dans cette proportion et lui étant dévolu *jure accrescendi*.

En résumé, le fonds légué *per præceptionem* à deux héritiers institués pour des parts inégales, se répartit entre eux, en raison inverse de leur portion héréditaire.

Cette solution serait encore exacte si le testateur avait institué plusieurs héritiers sans léguer à tous *per præceptionem* un objet héréditaire, tout au moins pour les parts dont les héritiers préciputaires sont à la fois héritiers et légataires.

Relativement à ces parts, ils seraient légataires en raison inverse de leur propre vocation.

Mais dans quelle proportion leur attribuerait-on les parts des héritiers non légataires?

Serait-ce encore dans la même proportion ou par parts viriles?

1. L. 34, § 12, *ibid*.

Papinien répond à cette question dans la loi 2 pr. *de inst. vel inst.*, Dig. XXXIII, VII : « *Cum pater, pluribus filiis hereditibus scriptis, duobus præceptionem bonorum avicæ præter partes hereditarias dedisset, pro partibus coheredum viriles habituros legatarios placuit.* »

Si nous supposons, pour plus de clarté, quatre héritiers, Primus, Secundus, Tertius et Quartus, les deux premiers chacun pour un quart de la succession, Tertius pour trois huitièmes, Quartus pour un huitième et au profit de ces deux derniers un legs *per præceptionem* des biens de leur aïeule; dans quelle proportion Tertius et Quartus recueilleront-ils leur legs?

En vertu des principes que nous connaissons déjà, Tertius prendra un huitième dans les biens de son aïeule, puisque dans cette proportion, le legs adressé à Quartus est nul et dévolu *jure accrescendi* au colégataire Tertius; de même Quartus, pour les mêmes raisons, prendra trois huitièmes dans ces biens.

Il reste à partager entre eux les deux quarts de ces mêmes biens dont sont saisis les *heredes non prælegatorii*, en tant qu'*heredes*. Tertius et Quartus vont-ils, comme des *extranei*, partager par moitié, ou au contraire prendront-ils les parts de Primus et Secundus en raison inverse de leur propre vocation héréditaire?

La réponse de Papinien est que relativement à ces deux parts, ils viennent par parts viriles, *pro partibus coheredum*, comme de simples légataires, de sorte qu'en définitive, Tertius, outre le huitième dans les biens de son aïeule, que nous lui avons déjà reconnu, prendra un

huitième dont est saisi Primus, un autre huitième dont est également saisi Secundus ; en tout trois huitièmes.

Quartus, en faisant le même raisonnement, aura cinq huitièmes. Cette solution, comme on le voit, est fondée sur ce qu'on ne considère que leur qualité de légataire et non d'héritier.

En résumé, pour les parts dont sont saisis Tertius et Quartus dans le legs, en tant qu'héritiers et légataires à la fois, on ne considère que leur qualité d'*heres* pour leur attribuer une part dans le legs en raison inverse de leur propre vocation héréditaire.

Au contraire, pour les parts dont ils sont légataires de Primus et de Secundus, on ne considère que leur qualité de *legatarius*, abstraction faite de leur qualité d'*heres*.

Lorsque le testateur institue plusieurs héritiers et lègue *per præceptionem* un objet de sa succession à un *heres* et à des *legatarii extranei*, ce qu'admettaient les Proculéiens et ce qui était possible, même dans l'opinion sabinienne, si le testateur avait eu le soin d'employer la forme du legs *per præceptionem* pour ses héritiers et la forme du legs *per vindicationem* pour les *extranei*, ce qui ne change pas les résultats admis en cas d'accroissement, le legs est encore nul pour la part qui est à la charge de l'*heres prælegatarius* et la nullité, toujours en vertu des règles sur l'accroissement, profite aux *collegatarii extranei*. L'*heres prælegatarius* ayant été institué valablement légataire pour la part *quæ a coherede relicta est*, vient en concours avec ceux-ci, puisque relativement à cette part, il est considéré comme *extraneus*.

En prenant une hypothèse qui nous est fournie au

Digeste, par le jurisconsulte Florentinus, il faut décider : lorsque le testateur a institué deux héritiers et légué à deux étrangers et à l'un de ses héritiers *per perceptionem*, un fonds héréditaire, que le legs n'étant valable pour l'*heres prælegatarius* que dans la proportion fournie dans ce fonds par son cohéritier, il y a partage de la moitié de ce fonds entre les trois légataires.

Au contraire, le legs étant nul pour la part que l'*heres prælegatarius* se doit à lui-même, cette nullité, conformément aux principes que nous avons déjà énoncés, profite aux *extranei* qui prendront à eux deux cette moitié sans avoir à redouter le concours de l'héritier pré légataire ; de sorte que celui-ci ne prélève qu'un sixième du fonds et ses *collegatarii*, cinq sixièmes (1).

SECTION VI

Application de la loi Falcidie au legs per præceptionem.

Pendant longtemps à Rome, il était permis au testateur d'épuiser tout son patrimoine en legs et de ne laisser à l'institué que le vain nom d'héritier.

C'est ce que semblait autoriser la loi des XII Tables qui porte : « *Uti legassit suæ rei, ita jussit* » et que nous paraphrasons ainsi : « Que les volontés exprimées par le *paterfamilias* sur son patrimoine fassent loi (2). »

Il y avait là un grand danger à redouter de la part de l'héritier, c'est qu'il refusât de faire adition lorsqu'un

1. L. 116, § 1, D. XXX, l. de leg.

2. Gaius. Comm. II, § 224.

legs du genre de celui que nous étudions absorbait la majeure partie du patrimoine du *de cuius*, ce qui avait pour conséquence l'ouverture de la succession *ab intestat*, l'évanouissement du legs et la non perception de l'impôt sur les testaments.

Les Romains sentirent donc la nécessité de protéger trois droits également respectables, ceux de l'institué, du légataire et du Trésor et, à cet effet, édictèrent diverses dispositions législatives dans le but de remédier à la lacune de la loi des XII Tables, telles que la *lex Furia testamentaria*, 483 av. J.-C. qui ne permettait pas de faire de legs supérieurs à mille as, la loi Voconia, en l'an 169 av. J.-C. qui interdisait aux légataires de prendre plus que l'héritier et enfin la loi Falcidie à laquelle nous nous attachons plus spécialement, puisqu'elle a été le couronnement des efforts successifs tentés par les Romains pour remédier à l'ancienne législation.

Ce plébiscite célèbre qui apparut peu d'années avant la mort de Cicéron, environ 40 ans avant l'ère chrétienne, ne limita pas, comme les deux précédents, le montant de chaque legs et se contenta de poser en règle que l'héritier aurait toujours droit au quart net de l'hérédité, qu'on appelle la Quarte Falcidie (1).

Si l'ensemble des legs dépassait les trois quarts de l'hérédité, il y avait lieu à une réduction proportionnelle pour faire obtenir à l'héritier la part qui lui était réservée par la loi.

Restreignons-nous maintenant à l'application de la Falcidie au legs *per præceptionem*.

1. Gaius. Comm., II, § 225-228.

Soit une succession ne comprenant, par hypothèse, que deux fonds A et B légués *per praeceptionem* à deux héritiers testamentaires.

Si nous donnons au premier fonds une valeur de 300, au second une valeur de 100, ces deux legs se trouvant nuls jusqu'à concurrence de la part héréditaire que chaque héritier se doit à lui-même comme légataire, en vertu du principe romain dont nous avons déjà parlé, à la section de l'accroissement « *Heredi a semetipso inutiliter legatur*, » chacun des institués ayant, *jure hereditario*, au moins sa quarte héréditaire, puisque le moins bien partagé de ces *heredes praelegatarii* a 50 au titre d'*heres*, il n'y avait pas lieu à l'application de la Falcidie.

Si, au contraire, nous donnons au fonds A une valeur de 800 et au fonds B une valeur de 240, en supposant, comme nous l'avons déjà fait, que ces deux fonds constituent tout l'actif héréditaire; chacun des institués étant héritier de 400 dans le fonds A et de 120 dans le fonds B, a le droit de retenir, *jure hereditario*, par application de la Falcidie, un quart du total de ces deux sommes, soit 130.

Lorsque nous disons que ce quart doit appartenir à l'héritier, *jure hereditario*, nous voulons dire qu'il faut que ce quart se prenne sur les valeurs comprises dans l'institution; par suite on n'impute sur la Falcidie, ni ce que l'*heres* a reçu par donation entre-vifs ou à cause de mort, ni ce qu'il a reçu à titre de légataire ou de fidéicommissaire.

Voici du reste en quels termes s'exprime Gaïus :

« *Quod autem dicitur, se ex judicio defuncti quartam*

habeat heres, solida præstanda esse legata, ita accipere debemus, si hereditario jure habeat: itaque quod quis legatorum nomine a coherede accepit, in quadrantem ei non imputatur (1).

Si le juge attribue le fonds B dont la valeur est seulement de 240 à l'institué désigné par le *de cujus*, celui-ci n'ayant au titre d'*heres* que 120, puisque *jure legatario*, il a la moitié de ce fonds; il lui reste donc pour compléter sa quarte à prendre 10 dans le fonds A. Mais le cohéritier, légataire de ce fonds s'y opposera en lui objectant qu'il doit compenser cette somme de 10 avec la somme de 120 qu'il prend, en qualité de *legatarius* dans le fonds B.

Le juge, dans le *judicium familiæ erciscundæ*, le forcera à cette compensation, par l'argument que l'héritier légataire du fonds tirerait contre lui du dol dont il se rendrait coupable en se refusant à cette compensation. « *Arbitrum dividendæ hereditatis supremam voluntatem, factis adjudicationibus, et interpositis... cautionibus, sequi, salva Falcidia, scilicet ut, quod vice mutua præstarent, doli ratione quadranti retinendo compensetur* (2) ».

Nous avons vu qu'en donnant au fonds A une valeur de 300 et au fonds B une valeur de 100, il n'y avait pas lieu d'appliquer la Falcidie, chaque *heres prælegatarius* ayant la part que lui attribuait la loi.

Examinons ce qui se passerait dans ce cas, si le *de cujus* avait, outre ces deux legs préciputaires, légué à un *extraneus* 60.

1. L. 74. D. *ad leg. Fal.* XXXV, II.

2. L. 78, p. *in fine*, D. XXVIII. V. *de hered. inst.*

Alors nous mettrions 30 à la charge de chacun des héritiers, puisque les charges d'une succession se divisent par moitié.

L'héritier du fonds B, ayant à fournir à son cohéritier, la moitié du fonds A, c'est-à-dire une valeur de 150 et à l'*extraneus* 30, en tout 180, n'a plus sa quarte intacte qui est, comme nous l'avons vu de 50. Or il a dans le fonds B, 50 *jure legatarii* qui ne sont pas imputables sur sa quarte, comme nous l'avons déjà indiqué. Il ne lui reste donc, *jure hereditario*, que 20 ; les 30 qui lui manquent pour avoir la part que lui attribue la loi, il les prendra sur les legs qu'il a à fournir à son cohéritier et au légataire étranger qui seront, en conséquence, tous les deux réduits proportionnellement, la réduction portant sur tous les legs sans exception, sauf si le testateur avait manifesté une intention contraire (1).

L'héritier du fonds B retiendra donc sur les deux legs dans la proportion de 150 à 30 ou de 5 à 1 et retranchera ainsi 25 sur le legs de 250 qu'il a à fournir à son *coheres* et 5 sur le legs de 30 qu'il a à fournir à l'*extraneus*.

Telle est la solution qu'il faut donner en présence des termes de la *lex Falcidia*.

Mais en pratique, dans le *judicium familiæ erciscundæ*, action *bonæ fidei*, il arrivait que *officio arbitri*, l'héritier ne pouvait retenir à son cohéritier les 25 auxquels lui donnait droit la Falcidie, par suite de la compensation qui s'opérait, à raison du dol qu'il y aurait à ne pas compenser la somme de 25 avec les 50 qu'il avait déjà *jure legati* dans le fonds B.

1. L. 64; L. 88, § 2, *ad leg. Fal. D. XXXV. II.*

Il est juste que quand celui qui doit fournir un legs à quelqu'un demande à celui-ci quelque chose en vertu du testament, il ne puisse pas invoquer la Falcidie, si ce qu'il doit percevoir, *ex voluntate testatoris, suppleat quod deducere desiderat* (1).

Ce n'est donc qu'au regard de l'*extraneus* seul que l'héritier du fonds B invoquera sans crainte la Falcidie sans que celui-ci puisse lui opposer l'imputation que son co-héritier est en droit d'exiger.

L'imputation qui a lieu entre *coheredes* ne nuit ni ne profite aux *collegatarii extranei* : « *Id quod dem, quod a coherede legatorum nomine percipitur, non solet legatarius proficere, quo minus Falcidiam patiantur* » (2).

Il ne resterait qu'à faire un simple calcul pour démontrer que l'*heres prælegatarius* du fonds A n'aurait à invoquer la *Quarte* ni vis-à-vis de son *coheres*, ni vis-à-vis de l'*extraneus*, ayant *jure hereditario* 20 de plus que sa *Quarte*, sans compter les 150 que la bienveillance du testateur lui a attribués dans le fonds *jure legatario*.

Les mêmes raisonnements seraient encore applicables dans l'hypothèse où il y aurait trois héritiers ou un plus grand nombre grevés réciproquement le legs les uns envers les autres, en supposant l'un d'eux chargé de legs au profit d'étrangers, comme on peut s'en rendre compte par un exemple qui nous est fourni au Digeste dans la loi 22, livre XXXV, titre II *Ad legem Falcidiam*.

1. L. 22, p. D. XXXV. II. *Ad leg. Falc.*

2. Ibid. ibid.

CHAPITRE II

DOS PRÆLEGATA

SECTION I

Origines du prælegatum dotis.

On entend par dot, *dos*, l'ensemble des biens que la femme ou un tiers apporte au mari *ad sustinenda matrimonii onera*.

Il est bien juste que la femme sur qui pèsent également les charges de la vie commune, telles que l'entretien et l'éducation des enfants y contribue pour une part ; la dot est donc affectée aux charges du mariage.

A l'époque primitive de la *manus*, le mari devenant propriétaire absolu des biens apportés par la femme, n'avait aucun compte à en rendre. Plus tard, peut-être même à une époque où la *manus* existait encore, le mari fut obligé de restituer les biens apportés par la femme : en équivalent pour les choses fongibles ou estimées, en nature pour les autres.

L'origine du *legatum dotis* remonte sans doute à l'époque où la dot n'était pas restituable à la femme. On voit en effet, le legs de la dot qualifié de *relegatum dotis*, expression qui indique l'idée d'un retour à l'ancien pro-

priétaire. *Sed dōs prælegata retinebitur, quoniam reddi potius videtur, quam dari* (1).

Aussi, très souvent, à cette époque, le mari avait l'habitude de léguer à sa femme *per præceptionem* ou autrement la dot qu'elle lui avait apportée en mariage, afin de lui permettre de faire face à ses propres besoins et souvent de lui assurer une vie digne et facile, juste compensation du rôle humble et effacé de la femme pendant la durée du mariage.

Le *prælegatum dotis* répondait donc en partie à des besoins qui sont de toutes les époques et fournissait aux citoyens romains un moyen commode pour corriger les inconvénients de la prohibition des donations entre époux. Quelquefois le mari, en instituant sa femme héritière lui léguait sa dot *per præceptionem*, et lui remettait le soin de sa sépulture ou lui donnait mission de veiller après lui sur ses intérêts les plus chers. « *Titius heredes instituit Seiam uxorem ex parte duodecima, Mæviam ex reliquibus partibus; et de monumento quod sibi cœstrui volebat, ita cavit* » corpus meum uxori meæ volo tradisepeliendum et monumentum exstrui (2). »

L'origine du *legatum dotis* remonte sûrement à une époque où la femme survivante, comme nous l'avons déjà dit, n'avait pas droit à la restitution de sa dot.

Les Romains conservèrent l'habitude de léguer à leurs femmes, la dot apportée par elles en mariage, après que l'action *rei uxoriæ* fut née, et que la pratique des *cautiones rei uxoriæ* se fût répandue, probablement par suite

1. L. 77 § 12, D. XXXI. II. L. 1. p. § 1 et 2. XXX III, IV.

2. L. 42, D. XXX II. L. 41 § 14, eod.

des avantages que la femme ne trouvait ni dans les actions *rei uxoriæ*, *ex stipulatu* ou *præscriptis verbis*, et qu'elle trouvait dans le legs *per præceptionem*, ainsi que l'atteste la réponse de Labéon à un de ses clients : « Paulus : « *Si filiusfamilias, uxorem cum haberet, dotem ab ea acceperat, deinde paterfamilias factus, dotem ei, ut solet, legavit : quamvis patri heres non erit, tamen id legatum debetur* » (1).

SECTION II

Distinction du legatum dotis et du legatum pro dote.

On distinguait le *legatum dotis* du *legatum pro dote*.

Le *legatum dotis* est le prélegs de la dot, c'est la dot elle-même qui est léguée : « *Dos ipsa, dos generaliter legata est* (2). »

Il y avait *legatum pro dote* quand ce n'était pas la dot elle-même que le mari léguait, mais des objets pour lui en tenir lieu. « *Non dos ipsa, sed pro dote pecunia legata videtur* (3). »

Plusieurs différences existent entre ces deux sortes de legs.

Le premier ne confère guère plus de droits à la femme que ne lui en donnerait soit l'action *rei uxoriæ*, *ex stipulatu* ou *præscriptis verbis*. « *Verum est id dotis legato*

1. L. 13, D. XXX, III, IV.

2. L. 6 § 1. L. 1 § 14, *ibid.*

3. L. 6 § 1. L. 2, p. D. *ibid.*

inesse quod actione de dote inerat... dotis actionem continet dotis relegatio (1). »

Ainsi la femme ne recueille par le *legatum dotis* que le montant de la dot versée au mari.

Le second, au contraire, est un legs ordinaire qui permet à la femme de prendre même une valeur supérieure au montant de la dot qu'elle a apportée à son mari.

Le *legatum dotis* consistant en corps certains estimés était assimilé au *legatum pro dote* et subsistait malgré la perte fortuite de la chose, pourvu que son objet propre n'ait pas péri (2) ; au contraire le *legatum dotis* de corps certains non estimés s'évanouissait en cas de perte fortuite (3).

Dans le *legatum pro dote*, la femme ne subira pas les *retentiones* qu'on lui ferait subir relativement au *legatum dotis* dans l'action *rei uxoriæ* (4).

Enfin le *legatum pro dote* s'exécute alors même que la femme n'a pas payé sa dot ; le *legatum dotis*, au contraire, dans ce cas vaudrait libération (5).

La distinction que nous avons faite est très-importante à l'époque classique, mais le *legatum dotis* offrait peu d'avantages à la femme si ce n'est qu'elle pouvait demander la restitution de sa dot, dès la dissolution du mariage, lorsque le mari avait stipulé un délai pour cette

1. L. 1, p. § 5. D. *ibid.*

2. L. 8. D. XXX III, IV.

3. L. 1. § 6. D. *ibid.*

4. L. 1. § 3. D. *ibid ibid.*

5. L. 1. § 7. D. *ibid. ibid.*

restitution ou qu'il s'agissait d'une *dos quæ annua, bima, trima, die redderetur* (1).

Nous trouvons là un rapprochement avec le principe général du legs fait par un débiteur à son créancier. On sait en effet que ce legs ne valait qu'autant qu'il procurait au créancier des avantages qui ne résultaient pas de la créance.

Le *legatum pro dote* offrait, comme nous l'avons vu, bien plus d'avantages à la femme. Voici quelle en était à peu près la formule : « *Quantam pecuniam dotis nomine ad me pervenit, tantam pecuniam pro ea dote, uxor præcipito* » (2).

Les Romains considéraient tout d'abord que le testateur en employant le mot *pecuniam* désignait les objets dotaux eux-mêmes et non leur valeur en argent ; plus tard ils considèrent que l'intention du testateur avait été de léguer la valeur de la dot en argent ; *pecuniam pro dote legare* (3).

Il était donc très-difficile en pratique, lorsque le testateur avait employé la formule que nous avons donnée plus haut, de savoir s'il avait entendu faire un *legatum dotis* ou un *legatum pro dote*. Il y avait donc là de très grandes difficultés d'interprétation.

Lorsque le legs de la dot, comprenant des corps certains avait été fait *per præceptionem*, la femme avait dans l'opinion proculéienne qui assimilait le legs *per præceptionem* au legs *per vindicationem*, une action réelle au lieu de l'action *rei uxoriæ* ou *ex stipulatu* qui étaient toutes les deux des actions personnelles.

1. L. I. § 2 D. *ibid. ibid.*

2. L. 6. p. § I. D. loi 17, § I. *ibid.*

3. L. 8. L. 6. § I. *in fine, ibid. ibid.*

SECTION III

Legs des parata.

Le mari, nous venons de le voir, pouvait léguer *per præceptionem* à sa femme, la dot ou des objets qui en tenaient lieu.

Un autre legs *per præceptionem* très usuel était celui des *parata* qui comprenait le plus souvent des cadeaux faits par le mari à la femme, soit avant, soit pendant le mariage.

Le legs des *parata* comprend le plus souvent le *mundus muliebris*, ensemble des objets de toilette qui servaient à la femme : *quæ ejus causa parata sunt*.

Voici une des variantes de ce legs : « *Titia uxor quidquid vivus dedi, donavi ejus causa (ou usibus) comparavi, confeci, id omne præcipito* (1). »

Ce legs était très usuel au dire des grands jurisconsultes romains (2), et avait des règles d'interprétation qui lui étaient propres. C'est ainsi que les expressions *quæ uxoris causa parata sunt*, comprenaient tous les objets familiers, meubles, esclaves attachés à sa personne, bijoux, vêtements au milieu desquels la femme a vécu, alors même qu'il s'agissait d'objets dont le mari était propriétaire avant le mariage (3), et qui auraient appar-

1. L. 13. D. XXXIV, II. L. 33 § 1, D. XXXII.

2. Voyez *Lonius Marcellus*, v^o *mundus*, où il cite ce passage de *Lucilius* : « *Legavit quidam uxori mundum omne*. »

3. Lois 45, 47, 48, 49, D. XXXII.

tenu à une première femme, ou à une fille du mari. Le plus souvent c'étaient des cadeaux que lui avait faits son mari au cours de leur union. On interprétait donc d'une façon très large, la volonté du testateur, si large même que des jurisconsultes romains tels que Labéon et Javolénus attribuaient à une concubine les vêtements et bijoux d'une précédente concubine; lorsque un legs *per præceptionem* des *parata* lui avait été fait; le droit matrimonial, disaient-ils, n'avait là rien à voir, car il s'agissait d'une interprétation de volonté du testateur et par suite un legs fait à une concubine devait être interprété comme celui adressé à une *materfamilias* ou *filiafamilias* (1). Ulpien était de l'opinion de ces jurisconsultes, mais pour un tout autre motif : « *Parvi autem refert uxori an concubinæ quis leget quæ ejus causa parata sunt ; sane enim nisi dignitate nihil interest* (2).

Nous avons là, une preuve de la transformation qui modifia peu à peu la conception du *concubinatus* qui, considéré pendant longtemps comme union illégitime, fut mis au nombre des unions légales, le jour où la loi *Julia de adulteriis*, exempta de peines, les unions irrégulières. De là la tendance de certains jurisconsultes à l'assimiler aux *justæ nuptiæ*.

Le legs des *parata* en faveur de la femme était quelquefois énumératif. Tel est le legs de Labéon : « *Labeo testamento suo Neratiæ uxori suæ nominatim legavit : vestem, mundum muliebrem omnem, ornamentaque*

1. L. 29, p. D. XXXII.

2. L. 49 § 4, D. XXXII.

muliebria omnia, lanam, linum. purpuram, versicoloria facta infectaque omnia (1). »

SECTION IV

Du prælegatum dotis, après la naissance de l'action rei uxoriæ.

A l'origine et pendant longtemps, nous l'avons déjà dit, au commencement de ce chapitre, le mari conservait à perpétuité la dot de sa femme et n'avait jamais à la restituer, à la dissolution du mariage, si ce n'est quand il s'agissait d'une *dos profectitia*. Il y avait là un grand danger qui était à craindre, non de la part des maris soucieux d'assurer après eux, le bien-être de leurs femmes, au moyen d'un *legatum dotis* ou d'un *legatum pro dote*, mais de la part de ceux qui étaient animés de sentiments opposés, comme cela se vit plus tard, à une époque où le divorce s'était répandu dans les mœurs romaines, après avoir été inconnu longtemps en pratique.

Ce fut, Aulu-Gelle (2) nous l'apprend, Spurius Carvilius Ruga qui usa le premier du divorce.

D'ailleurs la femme pouvait toujours exiger que, en recevant la dot, le mari s'engageât à la restituer et faire garantir cette promesse par *satisfactio*.

Il fut donc admis que la femme aurait une action, l'action *rei uxoriæ* en restitution de sa dot, lors de la dissolution du mariage.

1. L. 32 § 6, D. *ibid*, *ibid*.

2. Aul.-Gell., IV, 3.

La naissance de l'action *rei uxoriæ*, créée pour la femme divorcée, mais bientôt après étendue à la femme survivante, pouvait donner lieu à un danger d'une autre nature.

Il y avait à craindre que la femme ne cumulât l'action *rei uxoriæ* pour obtenir restitution de sa dot, avec le *legatum dotis* et surtout le *legatum pro dote* (1). La femme aurait donc pu se faire payer deux fois sa dot.

Ce danger n'échappa pas à un Préteur romain, dont le nom ne nous est malheureusement pas connu, qui rédigea l'*Edictum de alterutro*, en vertu duquel la femme légataire *per præceptionem* devait opter entre la disposition testamentaire faite en sa faveur par son mari et la disposition légale qui lui assurait la restitution de sa dot. Cela était parfaitement raisonnable; mais ce qui l'était moins c'est que le mari, par une déclaration de volonté contenue dans le testament, pouvait soustraire en totalité ou en partie, sa libéralité testamentaire à l'application de l'*Edit*. Nous savons d'ailleurs que Justinien rendit cette précaution inutile en autorisant la femme à cumuler son legs et sa dot.

SECTION V

Du prélèvement de la dot dans une autre succession que celle du mari.

Jusqu'ici nous avons parlé des prélèvements de la dot, exercés en vertu d'une disposition testamentaire; mais

1. L. 53, p. D. XXXI.

il pouvait y avoir et il y avait quelquefois des prélèvements de la dot exercés non plus en vertu d'une disposition testamentaire, mais en vertu de la loi, comme interprétation de la volonté tacite du défunt.

Les jurisconsultes romains considérant que la dot avait une destination spéciale, celle de subvenir aux besoins du ménage, décidaient qu'elle devait être entre les mains de celui qui avait la charge du mariage : « *Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt* (1). » Par suite, si un mari *sui juris* se donnait en adrogation, comme tous ses biens, même les biens dotaux passent à l'adrogeant, les charges de la dot incombaient aussi à celui-ci : « *Onera ejus qui in adoptionem datus est ad patrem adoptivum transferuntur* (2). » Elles comprenaient la nourriture et l'entretien de l'adrogé, de sa femme et de ses enfants. C'était une grave dérogation aux vieux principes romains qui voulaient que l'adrogeant bénéficiât des biens de l'adrogé sans subir ses dettes. Ces principes furent d'ailleurs tempérés par la suite (3).

Lorsqu'un *alieni juris* se mariait, les jurisconsultes romains décidaient que les *onera matrimonii* dont nous venons de parler, dans notre précédente hypothèse, passaient au *paterfamilias*; car c'était lui qui recueillait la dot, en conséquence de ce principe que toutes les acquisitions du fils profitent au père. Lorsque le fils était donné en adoption par le père, ou émancipé, il avait le droit d'emporter la dot de sa femme. C'était encore une appli-

1. D. XXIII, 3, *De jure dot.*, L. 56, § 1.

2. L. 45, D., *De adopt.*

3. Gaïus, III, § 84 de son comm.

cation de ce principe que là où doivent se trouver les charges du mariage, là aussi doivent se trouver les avantages matrimoniaux.

A la mort du père, le fils marié prélevait dans la succession de son père, en outre de sa part héréditaire, la dot de sa femme tout comme si elle lui avait été léguée *per præceptionem*. Mais il ne la prélevait qu'en donnant caution à ses cohéritiers de les défendre contre l'action *rei uxoriæ*, *ex stipulatu* ou *præscriptis verbis* que la femme, ses héritiers ou ceux au profit de qui avait été stipulée la restitution de la dot, intenteraient contre eux; puisqu'ils étaient tenus, chacun pour leur part, de l'obligation même dont était tenu le *de cujus*, en ce qui concerne la restitution de la dot. Bien plus, non-seulement le fils prélevait la dot de sa femme, mais encore celle de la femme de son fils, comme étant tenu au lieu et place de son père de l'obligation de nourrir et entretenir la famille de son fils. « *Nec solum uxoris suæ dotem, sed etiam filii sui uxoris, quasi hoc quoque matrimonii onus ad ipsum spectet, quia filii onera et nurus ipse agnoscere necesse habet* » (1).

Un fils de famille, héritier sous condition suspensive, peut-il, *pendente conditione*, prélever le montant de la dot de sa femme dans l'hérédité paternelle, si l'on suppose que le divorce a eu lieu?

Paul appliquant la distinction que faisaient les jurisconsultes romains dont nous avons déjà parlé : « *La dot doit être là où se trouvent les charges du mariage* (2), »

1. Ulp. L. 20, § 2. D. X, II, *fam. erciscunda*.

2. D. XXIII, 3, *de jure dot.* L. 56, § 1.

distingue si le divorce est intervenu avant ou après le décès du *de cujus*.

Intervenu avant, aucun prélèvement dotal n'est possible de la part du mari qui n'a plus les charges du mariage. Mais la femme peut-elle en ce cas exercer son action contre son mari *institué héritier*? Non. Il faut décider, avec le jurisconsulte Paul, que cette action est en suspens : *Interim uxoris de dote actionem pendere* (1), jusqu'à l'événement de la condition, car on ne sait pas si le mari sera héritier.

Le divorce étant intervenu après la mort du père, le mari peut même *pendente conditione*, prélever la dot de sa femme, ayant la charge de subvenir à l'entretien de la femme et des enfants nés du mariage. « *Igitur et dotem præcipere debet, qui onus matrimonii post mortem patris sustinuit : et ita Scævo'la quoque nostro visum est* (2). »

Comment et par quel procédé s'opère le prélèvement de la dot du fils dans l'hérédité, lorsqu'il y a plusieurs institués?

Le jurisconsulte Julien décide que le fils de famille prélevait la dot par l'action *familiæ erciscundæ* quand il ne venait pas seul à l'hérédité (3), mais le juge ne la lui attribuait en partage qu'après une promesse cautionnée prise envers chacun de ses cohéritiers de les garantir contre l'action en restitution de dot que pourraient exercer soit la femme *dotale*, soit ses propres héritiers, soit même le constituant de la dot, au cas de

1. Paul, L. 46. D. X, II, *de fam. erc.*

2. Paul, L. 46. D. X, II, *de fam. erc.*

3. Julien L. 51. eod.

stipulation expresse, car l'obligation de restitution ayant pris naissance en la personne du *paterfamilias*, se transmettait à tous ses héritiers.

Les héritiers du *de cujus* restent donc tenus de l'action *dotis* malgré ce prélèvement, dans la mesure de leur part héréditaire, avec ou sans déduction de la part du fils marié, suivant que le testateur l'avait institué ou exhé-rédé.

Lorsque le *de cujus* avait légué *per præceptionem* son pécule au *libertus orcinus*, les héritiers n'étaient plus tenus envers les créanciers du pécule, par suite le légataire affranchi à qui ce pécule était légué n'était pas astreint par le juge à faire les mêmes promesses que le fils marié. D'où venait cette différence ? C'est que dans le premier cas, le défunt s'était obligé personnellement tandis que dans le second cas, il n'était tenu qu'à cause de la possession du pécule, de *peculio*. Or, ayant cessé d'avoir le pécule, ils ne sont plus tenus. Telle était l'opinion sabiniennne. « *Et differentiam facit inter eum, cui dos relegata est, et orcinum libertum, cui peculium legatum est : namque eum de peculio posse conveniri ait, heredem non posse, quia peculium desiit penes se habere : at dotis actio nihilominus competit, etsi dotem desierit habere (1).* »

Pour les Proculéiens, au contraire, qui admettaient que les héritiers continuent d'être obligés envers les créanciers du pécule, il n'y avait aucune différence entre le prélèvement du pécule et celui de la dot ; par suite l'affranchi légataire devait donner caution aux héritiers du *de cujus* de les défendre contre les poursuites qui

1. L. 1, § 10. *De dot præleg.* D. XXXIII, IV.

pourraient être intentées contre eux par les créanciers du pécule (1).

Lorsque le *filiusfamilias* est exhéredé, nous savons que par application des principes romains, il prenait la dot de sa femme dans la succession paternelle. Par quelle action le fils de famille prend-il la dot ?

Par une action utile, répond Ulpien « *Maritus dotis persecutionem habebit ; sive heres institutus esset, familiæ eriscundæ judicio ; sive non utili actione* (2). »

Quelle était cette action utile ? Grave controverse sur laquelle nos anciens auteurs se sont étendus longuement.

Cujas lui-même a varié dans son opinion, car dans ses observations, il dit que c'est l'action utile *familiæ eriscundæ* (3), et plus tard, dans un de ses ouvrages, il dit que c'est une action *in factum* qui compète au fils *ut marito*, et non *ut heredi* (4).

Pellat (5) rapporte ces divergences d'opinion de Cujas et se prononce pour la première. En effet, dit-il, il n'est pas rare que l'action *familiæ eriscundæ* utile soit accordée, en Droit Romain, à tout autre qu'à l'héritier, comme à un successeur prétorien, ou à quelqu'un qui prélève une part dans l'hérédité, en vertu de la disposition gracieuse d'un prince, comme l'adrogé impubère qui vient prendre la quarte établie par Antonin-le-Pieux, d'où le nom de *quarte antonine* (6).

1. L. 1, § 7 *in fine*. D. *Quand de pec.* XV. II.

2. L. 1, § 9 *in fine*. D. *de dot præleg.* XXXIII. IV.

3. Cujas. Observations XIV, 31, tit. III, p. 385.

4. Même auteur. *Comm. in tit. D. fam. ercis.*, ad L. 20, § 2, L. 46 et L. 51 (tome VII, p. 512).

5. Textes sur la dot, tit. IV *de dot præleg.*

6. Ulp. L. 2, § 1., *fam. ercis.* D. X, II.

CHAPITRE III

INSTITUTIO EX RE CERTA

Nous distinguerons dans l'étude de cette matière, l'institution faite par un *paganus*, de l'institution faite par un *miles*.

Nous examinerons d'ailleurs, sous chacun des deux cas, les trois hypothèses où l'institution porte sur des *res certæ*, ou sur des *universitates rerum*, ou enfin sur des *universitates juris*.

SECTION I

Institutio ex re certa faite par un paganus.

1^{re} hypothèse. — Institution portant sur des RES CERTÆ.

L'hérédité est un mode d'acquérir à titre universel; un héritier étant un *successor in universum jus defuncti*, ne peut pas être institué *ex re certa*.

Si un testateur n'a institué son seul héritier que pour une chose déterminée, le droit romain, nous dit Ulpien, ne tient pas compte de la restriction du testateur et l'héritier recueille toute la succession. « *Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio, detracta fundi mentione* (1). »

1. Ulp. D. XXVIII. V. L. 1, § 4, de hered. inst.

On écarte donc absolument la mention de la *certa res*, pour ne pas violer la règle *Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest*.

Dans cette hypothèse d'un seul héritier institué *ex re certa*, celui-ci gardait la chose tout entière *jure heredis*, un héritier unique ne pouvant se fournir un legs à lui-même.

Lorsque le testateur a institué *plusieurs héritiers, ex rebus certis*, en ces termes : « *Titius heres esto ex fundo Libiano, Seius heres esto ex fundo Carneliano* (1), » comme il serait contradictoire de reconnaître à une personne, la qualité d'héritier sans lui reconnaître aussi la qualité de successeur à titre universel, ils sont considérés comme institués sans *parts assignées, sine partibus institui*, partant comme venant pour des parts égales.

On fait donc abstraction de la limitation imposée par le testateur, *detracta rei mentione*, quelle que soit l'inégalité de valeur des fonds désignés dans chaque institution.

Mais comme ici, on pouvait, sans faire mourir le *de cuius partim testatus, partim intestatus*, donner effet à l'indication de la *certa res*, et c'eût été méconnaître l'intention du testateur que de n'en pas tenir compte, le fonds attribué à chacun des institués est regardé comme lui étant légué *per præceptionem* pour tout ce qui excède sa part héréditaire dans le fonds, et chacun d'eux devra transférer à l'autre, la part qu'il a dans le fonds de celui-ci : en cas de partage amiable, on emploiera l'un des modes translatifs de la propriété, *mancipatio, cessio in jure, tra-*

1. D. XXVIII. V. L. 35, p. § 1 et 2.

ditio ; en cas de désaccord entre eux, il faudra recourir à l'action *familiaë eriscundæ*.

Dans le second cas, le juge attribue hors part à *Titius* la moitié indivise de *Seius* dans le fonds *Libien* et à *Seius*, la moitié indivise de *Titius* dans le fonds *Cornélien*. Chaque héritier aura le fonds qui lui est attribué, *partim jure heredis, partim jure legatarii*.

Ainsi donc, lorsque plusieurs personnes sont instituées *ex rebus certis*, elles sont héritières pour parts égales. Il nous reste à examiner les conséquences qui résultent de cette situation.

Si nous reprenons notre précédente hypothèse, nous déciderons que *Titius* et *Seius* prendront chacun la moitié des biens de la succession en dehors des deux fonds que nous considérons comme leur étant légués *per præceptionem*.

Héritiers tous les deux de parts égales, ils contribueront par moitié aux dettes héréditaires.

Si les dettes épuisent la valeur des biens, les legs *per præceptionem* seront sans effet. *Nemo liberalis nisi liberatus*.

Si l'actif qui reste de la succession, une fois les dettes payées est insuffisant pour acquitter en totalité les deux legs, ils seront diminués proportionnellement.

2^e hypothèse. — Institution portant sur des UNIVERSITATES RERUM.

Examinons l'espèce sur laquelle Ulpien a été consulté.

Un testateur avait institué deux héritiers, l'un pour les biens qu'il avait en province, l'autre pour les biens

qu'il avait en Italie. Le défunt, qui était commerçant, avait fait acheter par ses esclaves des marchandises en province pour approvisionner ses magasins d'Italie. Étant mort avant le transport de ces marchandises au lieu de leur destination, on se demandait auquel des deux institués elles devaient appartenir. La difficulté provenait de ce qu'elles n'avaient pas encore été transportées en Italie.

Le jurisconsulte, après avoir dit qu'on doit avoir égard à l'intention du *de cujus* lorsqu'elle est exprimée, *et facit quidem totum voluntas testatoris, nam quid senserit spectandum est* (1), dit que, si cette intention n'est pas connue, il faut rechercher quelle elle pouvait être.

Or, il n'est pas douteux que dans l'espèce soumise au jurisconsulte, le testateur voulait transporter ces choses à Rome pour approvisionner ses magasins.

Tenant compte de cette intention, Ulpien décide que les marchandises achetées en province appartiendront à l'institué des biens italiques, bien qu'elles n'aient pas encore été transportées à Rome, au moment du décès du testateur, car telle était, dit-il, son intention.

Lorsqu'un testateur institue deux héritiers, l'un pour les *res italicæ*, l'autre pour les *res provinciales*, chacun d'eux devient, par son adition, propriétaire pour moitié par indivis des *res italicæ* et des *res provinciales* et créancier de son cohéritier en qualité de *legatarius per præceptionem* pour sa part héréditaire.

Il sera donc de l'office du juge de l'action *familiæ eriscundæ*, conformément aux principes posés au commence-

1. § 3, *ibid. ibid.*

ment de ce chapitre, d'adjuger au légataire *per præceptionem* des biens italiques, la part de son cohéritier dans ces biens, et d'agir de même pour la part de l'autre dans les biens de province.

Mais le juge aura-t-il aussi à faire la même chose pour les créances et les dettes afférentes aux biens provinciaux et aux biens italiques?

Ulpien ne nous dit pas que le juge, dans le partage, fera l'attribution à chacun d'eux des créances et des dettes afférentes à son lot.

Dans la loi 35, § 1 et 2, *de hered. inst.*, il dit seulement que les héritiers supporteront les dettes par moitié, se fondant sur l'opinion de Papinien qu'il rapporte. *Et refert Papinianus, cujus sententiam ipse quoque probavi, pro hereditariis partibus eos adgnosceræ æs alienum debere, hoc est pro semisse* (1).

En effet, il ne serait pas facile pour le juge de rattacher les créances et les dettes du *de cujus* à chacun des deux patrimoines, comme nous le verrons bientôt lorsqu'il s'agit, non plus d'héritiers institués pour des *res certæ*, mais pour des *universitates juris*.

Toutefois, si une créance ou une dette se rapporte *directement* soit aux *res italicæ*, soit aux *res provinciales*, par exemple si l'argent au lieu d'avoir été expédié au vendeur, comme dans l'hypothèse soumise au jurisconsulte ne l'avait pas été, il est bien évident que dans ce cas, Ulpien, par interprétation de la volonté du testateur, aurait décidé la mise de cette dette tout entière à la charge du propriétaire de la masse italique, après avoir

1. § 1, L. 35, eod.

exigé de sa part un engagement cautionné de défendre son cohéritier pour la moitié de cette dette mise à sa charge par la loi.

Ne décide-t-il pas déjà ainsi au § 4 de la loi déjà citée, en faisant entrer dans les biens d'Italie les sommes prêtées par le défunt sur ce patrimoine ? *Nam et si dedisset in provincia de pecuniis quas in Italia exercebat, ituras et redivituras, dicendum est, hanc quoque italici patrimonii esse rationem.*

3^e hypothèse. — Institution portant sur des UNIVERSITATES JURIS.

Après avoir examiné une institution d'héritiers pour des *res certæ* formant une *universitas rerum*, il nous reste à nous occuper d'une institution du même genre mais formant non plus une *universitas rerum*, mais une *universitas juris*.

L'*universitas rerum* ne comprend que des choses corporelles, *corpora*, l'*universitas juris* comprend outre les *corpora* des *nomina* et, par cette expression, nous entendons aussi bien les créances que les dettes de la succession du *de cuius*.

Un *paganus*, par exemple, institue deux héritiers l'un *ex paternis bonis*, l'autre *ex maternis bonis*.

Les deux institués deviennent propriétaires pour moitié par indivis aussi bien des *bona paterna* que des *bona materna* et créanciers et débiteurs divisément pour moitié de ce qui était dû au testateur et par lui, sans distinction entre les créances et les dettes provenant de l'une ou de l'autre succession. Il n'a pas pu faire que ces deux institués devinssent directement héritiers de son père et de

sa mère, comme lui-même l'est devenu, car ses institués ont trouvé ces biens confondus dans sa propre succession ; ils sont donc héritiers chacun pour moitié, *jure semisses ambos habere constitit* (1).

Pour donner effet à la volonté du testateur, les Romains considéraient qu'il y avait là deux legs *per præceptionem*, par suite le juge de l'action *familiæ erciscundæ*, *factis adjudicationibus*, transférait à chaque héritier la part héréditaire dont son cohéritier était saisi dans les *corpora* appartenant à la succession paternelle ou maternelle. Chaque héritier a les biens compris dans son lot à un double titre, *partim jure heredis* et *partim jure legatarii*.

En un mot, ce sont les mêmes opérations que celles dont nous avons déjà parlé au commencement de ce chapitre, à propos de l'institution de deux héritiers, l'un du fonds Libien, l'autre du fonds Cornélien.

L'action *familiæ erciscundæ* n'intervenait guère que quand les héritiers ne pouvaient pas s'entendre à l'amiable ; autrement un des modes d'acquisition de la propriété eût été suffisant pour qu'ils se transférassent réciproquement les parts dont ils n'étaient pas saisis.

Le partage d'une *universitas juris* était bien plus compliqué que celui d'une *universitas rerum*.

Il s'agissait aussi d'exécuter la volonté du testateur en ce qui concernait les créances et les dettes afférentes à chaque universalité de biens. De là la nécessité de transferts de droits et d'actions actives et passives, car *jure civili*, chaque héritier bénéficiait pour moitié des créances de l'un et l'autre patrimoine et avait en même

(1) L. 78, XXVIII, V. *D. de hered. inst.*

temps à répondre des dettes dans la même proportion ; de là, disons-nous, des stipulations qui intervenaient entre les deux héritiers, et *interpositis propter actionis cautionibus*, par lesquelles ils s'engageaient réciproquement l'un envers l'autre à s'indemniser des dettes qu'ils auraient payées l'un pour l'autre ou à se faire profiter des recettes qu'ils auraient faites l'un pour l'autre, car vis-à-vis des tiers, les deux institués sont héritiers par portions égales ; ce n'est qu'entre eux que l'émolument et les charges se répartissent d'après la valeur respective des deux masses : égaux à l'égard des tiers pour l'obligation, ils ne le sont plus l'un à l'égard de l'autre pour la contribution (1).

En outre de ces stipulations réciproques, chaque héritier pouvait, en vertu de la *condictio ex lege*, se faire constituer *procurator in rem suam* de son cohéritier et il poursuivait alors directement les débiteurs de la masse de biens à lui léguée, *partim proprio nomine, partim procuratorio nomine*.

SECTION II

Institutio ex re certa faite par un miles.

Jusqu'ici nous avons étudié l'*institutio ex re certa*, faite par un *paganus*. Examinons ce qui se passerait si elle était faite par un *miles*.

A Rome, les militaires jouissaient de nombreux avantages qui leur avaient été accordés, ne fût-ce que par

1. L. 78, de *hered. inst.* D.

les empereurs romains, dans le but de se les attacher à une époque où l'armée, l'histoire en fait foi, acclamait souvent comme empereur un de ses généraux favoris.

C'est ce qui explique ces privilèges nombreux sur lesquels nous n'avons pas à nous étendre ici, mais que nous allons rappeler brièvement.

Les militaires étaient affranchis des formalités qu'on exigeait des *pagani* lorsqu'ils faisaient leur testament (1).

On ne leur appliquait pas l'adage *semel heres, semper heres* et leurs legs n'avaient pas à craindre l'application de la Quarte Falcidie.

1^{re} hypothèse. — *Res certæ*. — Arrivons au sujet que nous traitons. Quand un *miles* institue dans son testament, un héritier *ex re certa*, on n'écartait pas la mention de la *certa res* pour considérer l'institué comme appelé à toute l'hérédité, car un militaire pouvait mourir *partim testatus, partim intestatus*; aussi l'institué était héritier seulement pour la *res* que lui avait laissée le testateur et le reste de l'hérédité était dévolu aux héritiers *ab intestat*. « *Si miles unum ex fundo heredem scripserit, creditum, quantum ad residuum patrimonium, intestatus decessisse: miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus.* » (2)

Ici les Romains ne trouvaient pas contradictoire de reconnaître à une personne la qualité d'*heres* sans lui reconnaître en même temps la qualité de *successor in universum jus defuncti*.

1. Ulp. Frag. XXIII, § 10.

2. L. 6. D. XXIX. I de test. mil.

Dans la loi 6, il y a dérogation au droit commun, puisqu'il y a dévolution à la fois et de la succession testamentaire et de la succession *ab intestat*.

Pour un *paganus*, nous le savons, il serait fait abstraction de la restriction mise à l'institution testamentaire et l'héritier *ex re certa* recueillerait le tout sans avoir à subir le concours avec l'héritier *ab intestat*.

Dans le même testament du *paganus*, si au lieu d'un institué *ex re certa*, on en suppose deux, on ne tiendrait pas compte encore de la restriction du testateur, *detracta rei mentione*, et les deux héritiers seraient considérés comme institués *sine partibus*, partant comme venant pour des parts égales. Mais pour donner effet à l'indication de la *certa res*, on supposait, afin de respecter autant que possible la volonté du *de cuius*, que tout ce qui excédait la part héréditaire de chacun des institués leur était légué *per præceptionem*; de là, nécessité d'employer des modes translatifs de la propriété, et chaque héritier avait toute la *certa res*, *partim jure heredis*, *partim jure legatarii*.

Telle était la solution pour l'institution de deux héritiers *ex certis rebus*, faite par un *paganus*.

Si l'*institutio ex re certa*, avait été faite par un *miles*, les deux institués auraient recueilli, *jure heredis*, les objets à eux assignés, et le reste de la succession, diminuée de ces deux objets eût été dévolu à l'héritier *ab intestat*. Voilà quelle était la grave dérogation au droit commun.

2^e hypothèse. — *Universitates rerum*. Il ne faudrait pas croire cependant qu'un *miles* ne pouvait pas faire

un testament produisant les mêmes effets que s'il avait été fait par un *paganus*.

Nous avons un texte notamment qui est formel sur ce point : « *Si certarum rerum heredes instituerit miles, veluti alium urbanorum prædiorum, alium rusticorum, alium cæterarum rerum : valebit institutio : perindeque habebitur, atque si sine partibus heredes eos instituisset, resque omnes suas per præceptionem cuique legando distribuisset (1).* »

Gaius répond dans l'espèce sur laquelle il avait été consulté, qu'il n'y avait pas lieu à la dévolution *ab intestat* car le testateur après avoir dit : j'institue plusieurs héritiers, l'un pour les *prædia urbana*, l'autre pour les *prædia rustica* et enfin le troisième pour les *cætera*, a bien eu l'intention d'écarter les héritiers *ab intestat*.

Le testament fait par un *miles* en ces termes, produit donc les mêmes effets que s'il avait été fait par un *paganus*; par suite, on considère les trois héritiers comme institués *sine partibus* et grevés réciproquement les uns envers les autres de legs *per præceptionem* pour la part dont ils ne sont pas saisis.

Il y aura lieu à des transferts réciproques de propriété par des modes translatifs en cas d'accord entre les institués, et *familiæ eriscundæ actione* en cas de désaccord.

La différence qui sépare dans ce cas le testament militaire du testament d'un *paganus* c'est qu'il n'y aura pas lieu à l'application de la Falcidie au premier.

Quant aux dettes, elles sont supportées par portions égales.

1. L. 17. p. D. XXIX, I. de *test. mil.*

Dans l'exemple que nous venons de donner, il n'y avait guère de différence entre le *testamentum paganum* et le *testamentum militare*.

Que se passait-il si le *miles* avait institué deux héritiers *ex universitatibus rerum*? Nous supposons par exemple que deux héritiers ont été institués l'un pour les *res italicæ*, l'autre pour les *res provinciales*.

Ulpien dans la loi 35, § 1 et 2 au *Digeste*, de *heredibus instituendis*, liv. XXVIII, titre V, parle comme nous l'avons vu, d'une institution de ce genre faite par un *paganus* et décide que les dettes des deux masses sont supportées par moitié sans qu'il s'opère de division entre les institués, au regard des créanciers et des débiteurs de toute la succession, la division étant faite par le juge de l'action *familiæ erciscundæ*. Au contraire, dans l'hypothèse d'une pareille institution faite par un *miles*, chaque héritier ne serait tenu que des dettes afférentes à sa masse et jouirait dans la même proportion des créances en dépendant (1).

Quid, quant aux créances et aux dettes ne se rapportant ni à la masse des biens italiques, ni à la masse des biens provinciaux? Ces créances et ces dettes, quand il s'agit du testament d'un *miles*, formeraient une troisième masse, attribuée par la loi aux héritiers *ab intestat*. Il va sans dire que nous repoussons cette solution pour le testament d'un *paganus* qui, à la différence du *miles*, n'a pas la faveur de mourir *partim testatus*, *partim intestatus* et mettons ces dettes ainsi que ces créances par moitié sur la tête des deux héritiers testamentaires.

1. D. L. 16, § 6, XXXVI, I.

3^e Hypothèse. — *Universitates juris*. Comparons de nouveau l'institution faite par un *miles* à l'institution faite par un *paganus*, pour le cas où le testateur *miles* a non plus institué plusieurs héritiers *ex rebus certis* ou *ex universitatibus rerum*, mais *ex universitatibus juris*.

Lorsqu'un *paganus* institue deux héritiers, l'un pour les *bona paterna*, l'autre pour les *bona materna*, comme dans cet exemple, chaque institué l'est pour une *universitas juris*, il y a lieu, pour donner effet à la volonté du *paganus* de considérer qu'il y avait là deux legs *per præceptionem* et le juge de l'action *familiæ erciscundæ*, en cas de désaccord entre les institués, transférerait à chacun d'eux la moitié de la part dont il n'était pas saisi; de sorte que chaque héritier devenait ainsi propriétaire de la totalité de l'*universitas* à lui attribuée *partim jure heredis*, *partim jure legatarii*, quant aux *corpora*.

Pour les *nomina*, il y avait encore lieu de transférer à chacun d'eux les droits et créances pour les parts dont ils n'étaient pas saisis, ce qu'on faisait au moyen d'une *procuratio in rem suam*; et on exigeait de chacun d'eux l'engagement de s'indemniser réciproquement des poursuites que les créanciers ne manqueraient pas d'exercer contre eux pour obtenir paiement de la moitié des dettes de chaque universalité.

En un mot, à l'égard des tiers, les institués sont héritiers de la moitié de chacune des deux masses héréditaires; par suite ils prennent la moitié des biens de chaque masse et répondent par moitié de toutes les dettes sans distinction aucune; mais entre eux ils sont héritiers

seulement pour la totalité de chaque masse et ne répondent que des dettes afférentes à leur masse respective.

Ces résultats qui se produisent dans le *testamentum paganum* ont-ils encore lieu dans le *testamentum militare*? Nous trouvons la réponse à cette question dans la loi 17 § 1 au Digeste, de *testamento militis*, où Julien dit qu'un *miles* ayant institué deux héritiers, l'un pour les *bona castrensia*, l'autre pour les autres biens, il y a deux hérités distinctes, de sorte que *ipso jure* chaque *heres* est censé succéder seul et immédiatement aux biens compris dans l'*universitas* qui lui est attribuée étant seul tenu des dettes afférentes à celle-ci.

Comme conséquences de ces principes, il n'y avait pas lieu de recourir aux *adjudicationes* et aux *stipulationes* auxquelles donnait lieu le testament d'un *paganus*, puisqu'il n'y avait pas indivision entre les héritiers, dans les choses corporelles de chaque hérédité et qu'il y avait division de plein droit des créances et des dettes.

Chaque héritier a donc pour les biens à lui conférés, l'*hereditatis petitio* pour le tout, comme *heres ex asse*, et non pour partie, comme *heres partiaris*.

DROIT FRANÇAIS

DU PRÉCIPUT CONVENTIONNEL

INTRODUCTION HISTORIQUE

DU PRÉCIPUT CONVENTIONNEL DANS L'ANCIEN DROIT

C'est un sentiment naturel à deux futurs époux de prévoir le moment où l'un d'eux ne pouvant plus s'appuyer sur l'autre, aura besoin de ressources particulières pour subvenir à son existence.

Ce besoin pèse davantage sur la femme qui, au moment du veuvage se trouvera privée et de l'appui du mari et des ressources de la profession de celui-ci et restera souvent sans fortune personnelle.

Le législateur venant en aide à ceux qui auraient négligé ces prévisions, a souvent gratifié l'un ou l'autre des époux d'avantages égaux et la femme a été spécialement favorisée dans ces attributions.

Sous ce rapport notre législation ancienne était à la fois plus prévoyante et plus libérale que le code civil.

Sans étudier ici les gains de survie nombreux et différents de notre ancien droit, nous rappellerons seulement qu'un certain nombre de coutumes accordaient aux époux ce que l'on a appelé le préciput légal : certaines coutumes le réservaient aux époux nobles qui vivaient noblement, d'autres l'accordaient même aux époux roturiers.

Quant aux prévisions des époux eux-mêmes, les stipulations qu'ils font à ce sujet constituent le préciput conventionnel ; on peut donc le définir celui qui est stipulé par les parties dans le contrat de mariage. C'est un avantage accordé à l'un des conjoints de prendre par prélèvement dans la communauté, lors de la dissolution du mariage, une certaine quantité de meubles ou même un seul objet.

I. — Origines du préciput conventionnel.

Dès l'époque de César, une coutume qu'il nous atteste lui-même voulait que le mari ajoutât une valeur égale à celle que lui apportait la femme ; la valeur ainsi composée produisait des revenus que l'on accumulait et qui s'ajoutaient au capital ; le tout formait une masse qui appartenait de droit au survivant des deux époux. « *Viri quantas pecunias ab uxoribus dotis nomine acceperunt, tantas ex bonis suis aestimatione facta cum dotibus communicant, cujus omnis pecuniæ conjunctim ratio habetur fructus que*

servantur. Uter eorum vita superaverit ad eum pars utriusque cum fructibus superiorum temporum pervenit. »

Des auteurs distingués ont vu dans le contrat décrit par César une sorte de communauté partielle avec gain de survie, et ce régime ainsi compris a la plus grande analogie avec les pactes nuptiaux usités chez les Germains du Nord. Nous croyons relativement au texte de César que s'il n'est pas l'origine de notre communauté, il est au moins l'origine de cette prévision commune et réciproque qui songe à assurer l'existence du survivant (1).

Il ne faut pas perdre de vue que dans les législations anciennes, le mariage est un *achat* de la femme par le mari, *nummo uno*. C'est un usage constant que l'Eglise s'appliqua de bonne heure à combattre pour déraciner cette coutume. Ce souvenir des temps primitifs se retrouve dans quelques lois germaniques, dans les lois des Saxons et dans l'Edit des Lombards.

Cet usage, grâce aux efforts persévérants de l'Eglise disparut peu à peu et la vente de la femme au mari par sa famille, de réelle qu'elle était d'abord, devint fictive.

Pouvait-il être question de préciput à une époque si lointaine et si barbare ?

Assurément non. Quand les mœurs s'adoucirent, il est naturel alors que les époux aient songé à assurer l'exis-

1. De Valroger. Les Celtes et la Gaule Celtique, p. 171, Gide, *Etude sur la condition de la femme*, p. 371. Gautier, *Précis de l'histoire du droit fr.*, p. 53.

tence du survivant et que cette prévision fût prise avant la célébration du mariage.

Très vraisemblablement c'est à une époque bien postérieure, que l'usage du préciput conventionnel se sera répandu dans notre ancienne France.

On peut présumer que chez les peuples qui n'avaient pas l'idée de la communauté, le gain de survie était pour la femme un moyen d'assurer son existence ; chez ceux au contraire qui avaient cette idée, le gain de survie était mutuel et réciproque.

C'était un antique usage, pratiqué surtout dans les *pays coutumiers* que le conjoint survivant jouit de quelque avantage sur les biens du prédécédé. C'était plus particulièrement en faveur de la femme que cette convention intervenait.

La convention de préciput a certainement pris naissance d'abord dans nos anciens pays de coutumes où le régime de communauté de biens était en si grand honneur, et de là cette convention aura passé dans les pays de droit écrit, où quelquefois les futurs époux pouvaient l'insérer dans leur contrat de mariage lorsqu'ils avaient mitigé le régime dotal par une clause de communauté réduite aux acquêts.

La clause préciputaire, comme tous les anciens usages s'est introduite peu à peu dans les mœurs.

Rechercher l'origine de cette convention est impossible, surtout à une époque où l'usage de l'écriture privée était à peu près inconnu et où la législation elle-même était purement coutumière et vivait dans l'esprit public se

transmettant de génération en génération par l'usage constant et invétéré qu'en faisaient les habitants du sol de notre ancienne France.

On ne peut donc connaître l'époque précise où la convention préciputaire a pris naissance.

Tout ce qu'on peut dire sur les origines probables de cette convention, c'est qu'elle est postérieure assurément à l'établissement du régime de communauté.

Ainsi, quand la communauté s'établit chez nous, c'est alors qu'apparaît l'idée de préciput au profit de l'un ou de l'autre époux avec ou sans condition de survie. La convention préciputaire n'apparaît guère comme très répandue que du x^e au xiii^e siècle.

Ce n'est guère que vers la fin du xv^e siècle que mention de cette convention a pu être faite dans les coutumes qu'on commençait à rédiger à la suite de la grande ordonnance de Montil-les-Tours, rendue par Charles VII en 1453.

La première et la seconde coutume de Paris ne font pas mention de cette convention ; la coutume d'Orléans non plus.

Rien d'étonnant à cela ; le préciput conventionnel étant une disposition à titre particulier que les futurs conjoints se font entre eux, les coutumes de Paris et d'Orléans n'avaient pas senti la nécessité de consacrer un article à cette convention, comme la coutume de Paris notamment l'a fait pour le préciput des nobles, qui conférait un vrai droit de succession au survivant : ce n'est pas à dire que la jurisprudence ne se soit pas occupée de la clause préciputaire, car Pothier nous dit qu'il y avait

controverse sur le point de savoir si cette convention était sujette à la formalité de l'insinuation (1).

Et Lebrun de son côté examine plusieurs questions relativement à la convention précipitaire, notamment les points suivants : le préciput passe-t-il pour un titre lucratif? le préciput a-t-il lieu sur les biens substitués? (2).

Il n'y avait donc pas dans notre ancien droit de textes s'occupant de cette clause, comme aujourd'hui le code civil qui a consacré à cette convention plusieurs articles.

Nous allons étudier le préciput à l'époque où il a atteint son plein développement, c'est-à-dire au XVIII^e siècle.

La convention précipitaire étant une clause purement conventionnelle variait non seulement d'une province à une autre, mais même dans chaque contrat.

Il y avait peu d'uniformité dans la nature et les conditions de cet avantage matrimonial. Les uns pouvaient par exemple : en stipuler l'ouverture seulement à la dissolution de la communauté par le décès de l'un des époux, les autres à la dissolution de la communauté pour d'autres causes, notamment par suite de mort civile ou d'absence d'un des conjoints.

Le préciput conventionnel au temps de Pothier est une disposition à titre particulier (et non plus à titre universel comme le préciput légal), contenue dans un contrat de mariage, par laquelle un des futurs époux, au cas de survie, aura dans les biens de la communauté, par prélèvement, un ou plusieurs objets mobiliers. Ainsi un

1. Poth. n. 442, VII.

2. Lebrun, n. 6-7, C¹⁶.

homme de guerre stipulait ses armes et chevaux; un savant, ses livres; un artisan, ses outils; les femmes, leurs habits, bagues et joyaux (1).

Cette convention intervenait généralement lorsque les futurs époux établissaient entre eux une communauté de biens par leur contrat de mariage. L'époux survivant avait alors le droit de prélever les choses, objet de son préciput, sur la masse commune, *sans que la moitié qui devait lui revenir dans le reste, pût souffrir aucune diminution (2)*. Il va sans dire que s'il ne restait plus de biens dans la communauté, une fois les dettes payées, le gain préciputaire s'évanouissait, car disent du Plessis et de Renusson, *le préciput suppose des biens dans la communauté, puisqu'il doit se prendre et se prélever sur la masse de ces biens; par conséquent s'il n'y a point de biens dans la communauté, il n'y a pas lieu d'exercer le préciput (3)*.

Ce préciput a été conservé par notre code civil; aussi le traiterons-nous très brièvement afin de le développer, lorsque nous serons arrivé au droit actuel.

Quant au préciput légal du conjoint noble survivant, il a été rejeté de notre code, on ne sait pourquoi.

Peut-être est-ce par haine de l'ancien régime qui avait pesé si lourdement sur notre pays, pendant plusieurs siècles?

1. Pothier, n° 440. VII.

2. Guyot, *recueil de jur. aux mots gains de survie*.

3. Du Plessis, pages 63 et 342 du titre de la C^{te}. Renusson, page 353.

II. — *Étendue du préciput conventionnel.*

Le préciput dont nous nous occupons comprenait généralement un ou plusieurs objets, rarement la totalité des meubles communs comme dans le préciput légal ; cependant le préciput conventionnel pouvait quelquefois porter sur la totalité des meubles, car dit un ancien auteur, ce préciput est une imitation introduite en faveur des personnes roturières, du préciput légal que la coutume défère aux conjoints nobles (1).

Bien souvent dans notre ancien droit, il arrivait que les roturiers quand ils ne pouvaient pas bénéficier des privilèges accordés aux nobles, cherchaient au moyen de conventions particulières, à avoir les mêmes privilèges quand ils n'avaient pas réussi à les faire insérer dans le texte de la coutume.

C'est ainsi qu'à Paris, où de nombreux privilèges avaient été accordés par les rois, comme un corps municipal, suite de la confrérie des marchands de l'eau qui remonte aux Gallo-Romains, une garde-bourgeoise avait été instituée au profit seulement des bourgeois de Paris, par imitation de la garde-noble (2).

Le préciput conventionnel remplaçait donc pour les personnes roturières, le préciput des nobles ; et bien certainement quand il conférait au conjoint survivant la totalité des meubles de la communauté, on lui appliquait les

1. Lebrun. N° 4 du préciput. Le Camus, observations sur la coutume de Paris, art. 237.

2. Pothier. VI, garde-bourgeoise, n° 11.

règles du préciput légal, en vertu du principe que les dettes mobilières sont charge des meubles.

En pays de droit écrit, on avait quelquefois l'habitude de stipuler par contrat de mariage, le droit de *bagues et joyaux* au profit de la veuve. Ce gain de survie était un vrai *préciput*, quand les époux le stipulaient dans leur contrat de mariage, en *païs coutumiers*, où l'usage de la communauté de biens était si répandu.

Il y avait toutefois cette différence entre le *préciput* et ce droit de *bagues et joyaux*, que l'un n'était absolument fondé que sur la convention des parties, tandis que l'autre, outre qu'il pouvait être stipulé dans le contrat de mariage, était accordé de plein droit dans certaines coutumes et variait de quotité suivant la qualité du mari à son décès. C'est ainsi qu'il était plus élevé pour les veuves des maris nobles, que pour les veuves de simples bourgeois ou artisans (1).

De même encore les intérêts du préciput n'étaient dus qu'en vertu d'une demande faite en justice; au lieu que les intérêts des bagues et joyaux étaient dus de plein droit et sans demande (2).

III. — *Au profit de qui pouvait être stipulé le préciput.*

Voyons ce qui se passait suivant que le gain préciputaire avait été stipulé au profit du mari survivant ou au profit de la femme survivante.

1. Boucher d'Argis. Ch. IV. *Bagues et joyaux*, p. 64.

1. Henrys. *Recueil d'arrêts*, t. IV, p. 294.

Premier cas. — Stipulé au profit du mari.

Deux partis pouvaient être pris à la dissolution de la communauté.

Où les héritiers de la femme prédécédée acceptaient la moitié de la communauté de son chef, ou les héritiers la refusaient. Lorsqu'ils prenaient le premier parti, le mari pouvait exercer son *jus præcipiendi*.

Lorsqu'ils prenaient le second, la clause précipitaire était inutile au mari par suite de la confusion de son patrimoine propre avec le patrimoine commun.

Second cas. — Stipulé au profit de la femme.

Distinguons encore si elle *accepte* ou si elle *renonce* à la communauté.

En prenant le premier parti, la veuve prélève, avant tout partage, les objets précipitaires et prend en outre, la moitié des biens communs, l'autre moitié restant aux héritiers du mari.

En prenant le second, elle pouvait encore avoir son préciput, ou plutôt son équivalent qu'elle prenait et sur les propres du mari et sur les biens communs qui se confondaient sur la tête des héritiers du mari.

Mais *quid*, lorsqu'un préciput avait été stipulé au profit de la femme survivante sans qu'il fût dit, dans le contrat, qu'elle le prendrait même en cas de renonciation ?

Grave controverse entre nos anciens auteurs.

Pothier et Lebrun admettaient que la femme ne pouvait exercer son préciput en cas de renonciation à la communauté que quand il y avait une stipulation expresse dans le contrat de mariage.

Leur opinion est assurément préférable à celle des auteurs qui, comme Le Camus, par analogie de ce qui se passait pour le préciput de la veuve noble survivante, admettaient encore le préciput de la femme au cas de renonciation à la communauté, en l'absence de toute clause de ce genre (1). Le préciput, en effet, est avant tout et par-dessus tout un prélèvement sur des biens communs qui ne pouvait avoir lieu au cas de renonciation de la femme à la communauté.

Il est bien vrai que le préciput de la femme peut s'exercer même en cas de renonciation de sa part à la communauté, lorsqu'il y a dans le contrat, une disposition le lui permettant, mais alors nous ne sommes plus en présence d'un vrai préciput.

Ce mot est alors détourné de son sens propre et la preuve c'est que Lebrun, aux numéros 4 et 5 de son traité de la communauté, considère dans ce cas, la femme comme donataire de son gain préciputaire et pouvant par suite le prendre même sur les propres de son mari. Et Pothier, de son côté, au numéro 448 de son traité de la communauté, considère cette même clause comme conférant à la veuve la qualité de créancière de la succession de son défunt mari, du montant total de son préciput en cas de renonciation à la communauté et de ce qui peut manquer

1. Le Camus, *Observations sur la coutume de Paris*, art. 237.

dans les biens communs pour le compléter, en cas d'acceptation de sa part.

Dans ce débat, nous n'hésitons pas à refuser à la veuve tout droit à son préciput lorsqu'elle renonçait à la communauté de biens ayant existé entre elle et son époux, en l'absence de toute clause de ce genre dans le contrat ; la clause préciputaire devant être interprétée restrictivement. Au contraire, en cas de stipulation expresse de cette clause, la jurisprudence de nos anciens Parlements admettait la veuve à l'exercer même sur les propres du mari (1).

IV. — *Nature du préciput conventionnel dans l'ancien droit.*

Quel était, en droit coutumier, le vrai caractère de la convention de préciput ? Était-ce une convention de mariage, était-ce une donation ?

Rechercher la nature de cette convention, nous paraît d'autant plus utile qu'on discute encore beaucoup de nos jours sur ce point, et qu'à la solution de cette question sont attachés de grands intérêts pratiques. Cette convention était-elle à titre onéreux, était-elle à titre gratuit ?

Voyons quelle était l'opinion de nos anciens auteurs.

D'après Guy Coquille (2), le préciput devait être considéré comme une donation sujette aux mêmes formalités que les donations.

1. Lebrun, n° 4, *in fine*.

2. Quest. 116.

Ce jurisconsulte, en effet, voyait avec peu de faveur les avantages entre époux (1). Il voyait d'un mauvais œil, notamment, la convention de bagues et bijoux et appréciait trop injustement, selon nous, les sentiments qui, disait-il, animaient les femmes lors de leur mariage. Le passage suivant en est un exemple : « La veuve n'en a que faire, *si ce n'est pour trouver un nouveau mari*; et n'est pas bienséant qu'elle en recouvre un aux dépens du défunt, ni qu'elle se pare pour plaire à autre qu'à son mari, qui les lui a donnés. Disait Sapho, en l'épître faite par Ovide :

« Cui color infelix, aut cui placuisse laborem;

« Ille mei cultus unicus auctor abest. »

Ce jugement plein de malice sur les femmes, du spirituel auteur que nous venons de citer, n'est pas exact. Est-il bien vrai que la femme qui se marie pense aux tristes augures du veuvage et nourrisse la prévision d'une seconde union ?

Ne faut-il pas dire plutôt que la future épouse, en stipulant un préciput, veut conserver des objets auxquels le plus souvent sont attachés de tendres souvenirs ; ces objets, la plupart du temps, elle les avait déjà étant jeune fille, ou elle les tient de l'affection de son époux ou de ses proches. Ils lui sont donc chers à plus d'un titre, et lui conservent le doux souvenir des jours heureux de son union, ou de sa jeunesse.

Il serait douloureux pour la veuve de les voir passer, à la dissolution du mariage, en mains étrangères.

1. Ibid. 17.

Tels sont les sentiments qui animaient souvent les femmes au temps de Coquille. Leur prêter une intention contraire et constante serait injuste et méchant. Le malicieux jugement de Coquille sur les femmes l'a porté à attribuer à la convention de préciput, le caractère à titre gratuit.

Si nous consultons d'autres auteurs, Pothier et Lebrun nous voyons qu'ils admettaient, au contraire, que le préciput devait être considéré plutôt comme une convention de mariage que comme une donation.

Pothier au n° 442 de son traité de la communauté, attribue à la convention préciputaire un caractère mixte; car tout en reconnaissant que c'est une convention de mariage, il lui reconnaît d'un autre côté, le caractère de donation puisque ce jurisconsulte la soumet à l'application de l'*Édit des secondes noces*. Mais tout en la mettant pour le préciput, le caractère de contrat à titre onéreux, il ne le soumet pas à la formalité de l'*insinuation*. Pour donner ce résultat, il s'appuie sur l'article 21 de l'ordonnance de 1731.

Pothier encore au n° 549 de son traité du contrat de mariage, dit que les avantages qui se trouvent renfermés dans des conventions matrimoniales sont sujets à la réduction de l'*Édit* et il cite le préciput. Si, dit-il, une veuve et son futur mari conviennent d'un préciput de 3000 livres au profit du survivant, et si le second mari survit, cette convention, en cas d'acceptation de la communauté par les enfants, renferme un avantage au profit de celui-ci de la moitié de cette somme, soit 1500 livres.

C'est cet avantage qui est sujet à la réduction de l'*Édit*,

si la portion de l'enfant, moins prenant, montait à moins que 1500 livres, moitié du préciput.

Au contraire, au cas de renonciation des enfants à la communauté, il n'y aurait plus lieu au préciput, cette convention devenant sans effet par suite de la confusion des propres du mari et des biens communs qui forment une seule et même masse, considérée comme ayant toujours appartenu au même propriétaire. Si maintenant nous supposons une convention de préciput au profit du survivant faite entre un veuf et sa seconde femme, et que celle-ci ait survécu, la clause préciputaire lui confère la moitié de cette somme, si elle accepte la communauté, et si elle renonce, cette même clause, en admettant qu'elle l'ait stipulée, même au cas de renonciation à la communauté, confère à la veuve un avantage de toute la somme (1). Dans le premier cas l'avantage est sujet à la réduction sur moitié, dans le second sur la totalité.

Pothier, tout en reconnaissant le caractère de libéralité à la convention préciputaire, ne la soumettait pas, nous l'avons dit, à la formalité de l'*insinuation*.

L'opinion de cet illustre auteur nous paraît bien être que la convention préciputaire constitue un acte à titre onéreux, *erga omnes*, sauf à l'égard des enfants d'un mariage antérieur. Il y a là une réserve faite et que commande l'équité pour certains cas particuliers.

Lebrun, de son côté, ne tenait pas la clause préciputaire, comme constituant une véritable libéralité; tout en disant que le préciput passait pour un titre lucratif dans l'exécution de l'*Edit des secondes nocés*, et, il nous rap-

1. Lebrun, n° 8 *in fine*.

porte un arrêt rendu le 10 juillet 1656 « au profit des enfants du premier lit de Monsieur Poictevin, premier président en la cour des Monnaies, par l'un des chefs duquel arrêt, il a été jugé que le *préciput*, porté par le contrat de mariage de Monsieur Poictevin et de dame Catherine Godet, sa seconde femme, devait être réduit avec les autres avantages qu'il lui avait faits par le même contrat, à la part du moins prenant des enfants, suivant la première partie de l'Edit (1). » Lebrun ajoutait qu'il n'en était pas de même à l'égard des enfants nés du mariage, mais il ne suit pas de là que le préciput soit sujet à toutes les autres règles que le droit a établies pour les gains nuptiaux, par exemple, il appartient tout entier à la veuve, et les enfants ne le peuvent trouver que dans sa succession (2).

Dans un autre passage, il donne à connaître que la clause préciputaire *n'est point non plus un avantage sujet à insinuation* (3).

Nous devons dire qu'il ne poussait pas aux extrêmes les conséquences de son principe, à savoir qu'il considérait plutôt le préciput comme un contrat à titre onéreux et admettait une sorte de tempérament équitable, lorsque la convention préciputaire était excessive; dans ce cas, d'après lui, cette convention à titre onéreux subissait les mêmes réductions que les libéralités (4).

C'est peut-être pour cela que dans un passage de son

1. Lebrun, n° 7, C^{té}, au préciput.

2. *Ibid.*, n° 8, C^{té}, au préciput

3. Lebrun n° 18, *idem*.

4. *Ibid.* succession liv. II, chapitre III, section V, n° 7.

traité de la communauté (1), se demandant sur quels biens la femme peut prendre le préciput à elle attribué, dans son contrat de mariage, il dit : « Le préciput se peut prendre sur les propres du mari, quand il est donné à la femme, en cas qu'elle renonce à la communauté, parce qu'en ce cas c'est une donation. »

Il ressort bien des passages de Lebrun et de Pothier que nous avons cités, que la convention préciputaire passait pour être une convention à titre onéreux, en principe, sauf exception à l'égard des enfants nés d'un précédent mariage.

Consultons maintenant le texte de l'ordonnance de 1731 qui recherchait quels actes étaient sujets à l'*insinuation* ; disons en passant que seuls les actes à titre gratuit étaient soumis à cette formalité. Après avoir énuméré dans son art. 19, toutes les donations soumises à *insinuation*, l'ordonnance, dans son article 21 dispensait les *gains de nocce et de survie* de la formalité de l'*insinuation*. Il faut donc conclure de ce dernier passage que la convention préciputaire était classée par la loi au nombre des actes à titre onéreux et non à titre gratuit.

Quelle plus éloquente preuve peut-on fournir à l'appui de notre opinion ?

L'ancienne jurisprudence décidait aussi constamment que la clause attribuant la totalité de la communauté au survivant n'était pas une donation sujette à *insinuation* (2). N'y a-t-il pas un *a fortiori* en faveur de l'opinion

1. Ibid. Communauté liv. III, chapitre II, sect. 1, dist. V, n° 5.

2. Lebrun, p. 22, n° 1. — Louet, lettre D. somm. 64.

que nous défendons ? Et, n'est-ce pas le cas de dire avec la loi romaine ? *Si non donandi animo, sed negotii gerendi causa dolem promiserit ; in donatione enim nullum negotium mixtum est* (1).

Vainement invoquera-t-on l'ordonnance de 1731 sur les dons mutuels. Pothier, du reste, que nous avons déjà cité plusieurs fois fait au sujet de cette ordonnance une importante distinction qui en précise l'esprit : les dons mutuels de propres sont des libéralités ; les dons mutuels d'acquêts de communauté ne sont que des conventions de mariage (2).

Cette distinction se comprend sans peine. L'ancien droit n'avait pas voulu assimiler le don des acquêts au don des propres, ceux-là étant le fruit du travail commun et de l'association des époux.

V. — *Cas d'ouverture du préciput Conventionnel.*

La théorie de la convention préciputaire soulevait encore bien d'autres questions délicates dont nous détachons les suivantes.

I. La mort naturelle donnait-elle seule ouverture au préciput ? Ne fallait-il pas donner la même solution, au cas de *mort civile* de l'un des époux ? C'était un point vivement controversé et donnant lieu à des oscillations fréquentes dans notre ancienne jurisprudence.

1. L. 29, § 1, D. *de adm. tutor*; et L. 59, *de donat. inter vir*.

2. Pothier, *donations*, section 3, art 5, § 2.

Dans un arrêt rendu le 2 juin 1549, le roi Henri II, tenant un lit de justice, il a été jugé que la *mort civile* ne donnait pas ouverture au préciput.

Quelque temps après dit Pothier, (1) le Parlement de Paris s'écartait de l'arrêt de 1549, en jugeant dans l'espèce d'un homme qui était sorti du royaume pour cause de religion, que la *mort civile* qu'il avait encourue par sa sortie avait donné ouverture au gain préciputaire au profit de sa femme.

Examinons un peu les arguments invoqués par notre ancienne jurisprudence en faveur de l'une et l'autre opinion.

Pour l'affirmative, on disait que la mort civile donnant ouverture aux successions en faveur des héritiers du mort civilement, devait par identité de raison, donner également ouverture au préciput en faveur de l'époux de celui qui l'avait encourue. Le mort civilement étant incapable de tout effet civil, on pouvait le considérer comme s'il était mort naturellement et que son conjoint lui eût survécu.

Pour la négative, on disait au contraire, qu'il ne pouvait y avoir ouverture du préciput conventionnel qu'une fois que la condition mise à son existence par les parties s'était réalisée. Or la mort naturelle de l'un des époux avant l'autre étant la seule condition qu'elles aient apposée, le seul cas qu'elles aient prévu, on ne peut pas supposer qu'elles aient songé au cas de mort civile qui

1. Pothier, n° 443.

n'était encourue qu'à l'occasion de crimes commis par l'un d'eux. Enfin peut-on dire que le cas de la mort civile et celui de la mort naturelle soient semblables, la mort civile laissant l'espoir de retour à la vie, par la restitution de l'état civil qui pouvait être accordée par lettre du roi, la mort naturelle au contraire étant sans espérance de retour à la vie ?

Il résulte bien des recueils que nous avons consultés, que la jurisprudence, on peut dire constante des présidiaux et des Parlements admettait l'ouverture du gain préciputaire au profit du conjoint de celui qui avait encouru la mort civile. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'un Parlement sous la pression du roi Henri II rendit un arrêt rejetant l'ouverture du préciput (1).

Examinons rapidement les arrêts les plus célèbres qui ont été rendus en cette matière.

Lorsque l'époux mort civilement n'avait été condamné que par coutumace, son conjoint, bénéficiaire du préciput stipulé à son profit, ne le prenait qu'en donnant caution de le restituer. Et c'était de toute justice, la condamnation par coutumace tombant, si dans les cinq années, le condamné se représentait.

II. On admettait encore l'ouverture du préciput en cas d'*absence* d'un des conjoints du royaume depuis dix ans, sans nouvelles de sa part, en faisant encore donner caution pour la restitution éventuelle du préciput.

III. La jurisprudence admettait encore la femme à demander son gain préciputaire, du vivant de son mari, lors-

1. Polhier n° 443. — Guyot, *Répertoire de jur. pr. aux mots gains de survie*. Favard, *Répertoire de législation*, n° 40.004.

que la séparation de biens intervenue entre les deux époux avait pour cause la *faillite* du mari.

Montholon rapporte un arrêt de l'année 1590 et au journal des audiences il s'en trouve un autre du 18 juillet 1656.

Plusieurs arrêts des Parlements de Toulouse, Dijon et Paris ont refusé à la femme le préciput qu'elle avait stipulé, lorsque la séparation de biens avait pour cause l'indigence du mari sans qu'il n'y eût de dissipation à lui imputer.

Dans ce cas, dit Pothier, le partage de la communauté se fait sans préciput, auquel il n'y a pas encore ouverture ; mais il se fait à la charge que lorsqu'il y aura ouverture par le prédécès de l'un des deux la succession du prédécédé fera raison de ce préciput au survivant (1).

IV. *La séparation de corps et de biens* prononcée contre le mari au profit de la femme pour sévices ou mauvaises mœurs donnait aussi ouverture au préciput (2).

La femme convaincue *d'adultère* était privée de son préciput sauf s'il intervenait une réconciliation avec son mari. Notre ancienne jurisprudence considérait avec raison que la séparation de corps établit une espèce d'indignité contre la femme. Et Despeisses, disait : « La femme ne peut pas demander ses avantages nuptiaux lorsqu'elle a commis adultère, soit qu'à cause dudit adultère, par sentence du juge ecclésiastique elle eût été séparée de son mari, ou bien qu'elle s'en soit séparée volontaire-

1. Pothier, n° 445.

2. d'Argentré, sur la coutume de Bretagne.

ment et sans sentence, et ici a lieu ce proverbe : *au mal coucher la femme perd son douaire* (1).

Nos anciens auteurs étaient unanimes, avec la jurisprudence à décider que le préciput, fût-il même réciproque, était perdu pour l'époux qui s'était mis dans le cas de rendre la séparation nécessaire ; il y avait à cet égard une telle unanimité dans la doctrine et dans la jurisprudence que cette décision avait acquis en quelque sorte l'autorité de la loi (2).

V. — De même la femme qui se *remariait* dans l'année du deuil, ou qui vivait « impudiquement » après la mort de son mari, perdait son préciput, seulement dans les pays de droit écrit (3).

Dans ces mêmes pays de droit écrit, l'époux préciputaire avait une hypothèque sur les biens du prédécédé, comme garantie de son préciput, hypothèque qui datait du jour du contrat de mariage. Lorsque le mari n'avait pas de biens libres, une hypothèque subsidiaire portait sur les biens substitués, car telle était, disait-on, l'intention présumée du testateur suivant la maxime « *qui vult finem, vult media* » En faisant un fidéicommiss gra-

1. Despeisses V. tit XV, du mariage, sect. V, n° 23.

2. Dupax-Poullain (*Principes du Dr. fr. t.* VII, p. 12. — Bourjon et les arrêts qu'il cite (*Dr. commun de la France*, 6^e p. des *donat*, ch. I, sect. 1. n° 2. t. II, p. 138) ; Montholon (*Arrêts*, art. 140) ; Duplessis. (*Traité des donat. entre vifs*, liv. II ch. III, sect. II, t. I, p. 560) ; Magnard (liv IV, ch. II, nomb. 2) ; Domat, *lois civ.* t. I, p. 107 edit. in-folio. Denisart (*V° Rév. de donat.* nos 13 et s. *V° Séparat. de corps*, n° 76).

(3) L. 2. *auth. cod. de secund. nupt* ; nouvelle 22. ch. 22. Nov. 39 *cap. secund 2 eisd. de secund. nupt.*

duel, le testateurs a entendu que celui qui en serait grevé se marierait avantageusement. Or, on ne peut le faire, si on n'assure pas à sa femme un avantage par contrat de mariage (1).

5. Guyot, *Repert. aux mots gains de survie*.

DU PRÉCIPUT CONVENTIONNEL, SUIVANT LE CODE CIVIL

L'article 1515 donne le nom de *préciput* à deux clauses bien distinctes.

Au commencement de son premier alinéa, il donne ce nom à la clause qui permet à l'époux survivant d'exercer un prélèvement sur la masse commune; à la fin du même alinéa, il désigne également sous le nom de *préciput*, la clause qui permet à la femme renonçante d'exercer un droit sur les biens du mari.

Il y a donc là, deux clauses de nature diverse que la loi a confondues à tort sous la même désignation et qu'il importe de distinguer à tous les points de vue, la première conférant un droit de prélèvement au profit de l'un quelconque des époux, la seconde un droit de créance au profit seulement de la femme.

Nous traiterons dans deux chapitres distincts l'une et l'autre clause.

CHAPITRE I

PRÉCIPUT SUR BIENS COMMUNS AU PROFIT DE L'ÉPOUX SUR- VIVANT

Le préciput conventionnel est suivant l'article 1515 du Code civil, la clause contenue dans un contrat de mariage par laquelle l'un des époux est autorisé à prélever, avant partage, sur la masse de la communauté, soit un corps certain, ou une série de corps certains, soit une somme, soit des objets d'une certaine espèce, jusqu'à concurrence d'une valeur déterminée (1).

Le mot préciput vient de *præcipere* qui lui-même est dérivé de *præ capere*, prendre avant.

Ce mot a plusieurs significations autres que celle de préciput conventionnel. Non-seulement il désigne, comme nous venons de le dire, la clause par laquelle l'un des époux est autorisé à opérer le prélèvement d'un corps certain, mais encore d'après le législateur lui-même, les choses objet du droit dont nous venons de parler.

Dans la pratique, le nom de préciput se donne aussi au droit de faire le prélèvement (2). Déjà, d'après Pothier on

1. Dalloz. Au mot *préciput*. n° 2901. Merlin. *Répertoire* gains de survie. Marcadé art. 1515, § 1, Pothier. C^{ie}. n° 440. Lebrun, *Au préciput*.

2. Dalloz, n° 2901.

donnait le même nom au droit de prélèvement qu'à la convention elle-même (1).

Enfin, avons-nous dit, le législateur appelle encore préciput, la créance que la femme renonçante peut exercer contre le mari ou les héritiers de celui-ci pour obtenir une somme d'argent ou toute autre chose.

Comment se fait-il que les rédacteurs du Code civil aient intitulé du « *préciput conventionnel* » la section VI sous laquelle il est traité de cette matière ?

Notre législateur, comme cela lui arrive assez souvent a non-seulement résumé, mais souvent copié assez servilement Pothier. C'est ce qui lui est arrivé ici. Il a intitulé notre section VI « *du préciput conventionnel* » sans réfléchir que cette expression était amphibologique, notre droit actuel ne reconnaissant plus, comme au temps du grand jurisconsulte, deux préciputs, l'un émané de la loi ou de la coutume, l'autre de la convention des parties. On comprend donc qu'à cette époque Pothier ait fait deux paragraphes sur la convention préciputaire, intitulés le premier « *du préciput légal* » le second, « *de la convention de préciput, et du préciput conventionnel* », pour faire antithèse au paragraphe précédent (2).

On peut prétendre, pour justifier les rédacteurs du Code qu'en conservant le mot de « *préciput conventionnel* » seul et isolé, ils voulaient rappeler la suppression du préciput légal.

1. Pothier, n° 440.

2. Col. de Sant. code civil, VI, 182 bis, I. Marcadé, V, sur l'article 1515.

Notre droit actuel ne reconnaît donc comme préciput que celui qui a pour fondement la volonté des parties et non la loi.

Nous n'avons plus comme autrefois de préciput légal au profit des femmes nobles, ce qui s'explique, la Révolution de 1789 ayant aboli les privilèges de la noblesse, à plus forte raison, n'en avons-nous pas au profit des femmes mariées en général.

Peut-être est-ce oubli du législateur. Peut-être est-ce par suite de l'odieux qui s'attachait à toutes les institutions de l'ancien régime, le préciput légal n'ayant guère été établi que pour les femmes nobles, car peu de coutumes l'accordaient aux femmes roturières.

Nous n'avons plus de préciput légal et cependant il y a dans notre Code civil, comme nous allons le montrer bientôt, des dispositions qui rappellent de loin l'ancien préciput du conjoint noble survivant.

Ce n'est plus, pour soutenir avec éclat le nom souvent illustre du mari prédécédé, et au profit seulement des femmes d'une certaine caste, c'est au profit de toutes les veuves, sans distinction de naissance et de rang, que ces dispositions existent ; elles ont leurs fondements dans des considérations d'un ordre plus élevé qu'autrefois : ce sont des raisons plutôt morales que politiques qui animaient les législateurs de 1803 lorsqu'ils écrivaient le Code civil.

Parcourons rapidement les articles du Code qui font à la veuve certains avantages.

Voici ces dispositions :

L'article 1465 fait deux avantages à la femme qui a eu

la douleur de perdre son mari ; et on ne distingue pas si elle accepte ou si elle renonce à la communauté, La loi lui permet, *pendant les trois mois et quarante jours qui lui sont accordés pour faire inventaire et délibérer, de prendre sa nourriture et celle de ses domestiques sur les provisions existantes* qui se trouvent dans la maison à la mort du mari, sans que les héritiers de celui-ci soient reçus à demander à la veuve le prix de ce qu'elle a consommé.

En second lieu le loyer de la maison qu'elle habite pendant ces mêmes délais, est encore à la charge de la communauté.

Et, qu'on le remarque bien, la femme survivante, qui prendrait qualité avant l'expiration des trois mois et quarante jours à elle impartis pour faire inventaire et délibérer, n'en conserverait pas moins le droit d'être nourrie et logée aux frais de la communauté, pendant toute la durée de ces mêmes délais (1).

L'article 1481 met également *le deuil de la femme aux frais des héritiers du mari prédécédé* et la valeur de ce deuil est plus ou moins importante suivant la fortune et la condition du mari prédécédé.

Enfin l'article 1492 permet à la femme de retirer les *linges et hardes à son usage* personnel.

Toutes ces dispositions de faveur, il faut bien le remarquer, sont accordées même à la veuve renonçante.

C'est donc à tort qu'on argumenterait de l'ancien précepte légal pour dire que ces avantages contenus dans les trois articles que nous venons de citer, auraient été pui-

1. Cass. 15 déc. 1873.

2. Poth., t. VII, n° 568.

sés dans cet ancien préciput qui, du reste, n'avait lieu qu'en faveur de la femme acceptante et non au profit de la femme renonçante.

Enfin, argument concluant, tous les avantages conférés par le Code civil à la veuve, étaient déjà accordés dans notre ancien droit à toutes les veuves sans distinction, nobles ou roturières, puisque Pothier quand il parle des effets de la renonciation de la veuve à la communauté, vise surtout les femmes ayant un préciput conventionnel ; il dit en effet : « *on doit néanmoins lui laisser une robe, et le reste de ce qui forme un habillement complet, quand même il n'y aurait aucun préciput stipulé par le contrat de mariage, car ajoute-t-il, non debet mulier abire nuda.*

Des coutumes, comme celle du Bourbonnais, veulent que l'habillement que la femme peut retenir en renonçant, ne soit ni le meilleur, ni le pire.

D'autres lui laissent ceux qu'elle portait les jours de fête.

La coutume de Tours est plus libérale, elle donne à la veuve un lit garni, ses heures et patenôtres, une de ses meilleures robes.

Toutes ces dispositions de nos anciennes coutumes ont été condensées dans l'article 1492 qui est plus généreux que Pothier, car il dit : « *linges et hardes à son usage* (1). » Il serait en effet inconvenant que les *linges et hardes* de la femme vinssent à passer dans des mains étrangères.

La somme qu'on attribue à la veuve pour son deuil, fait partie des frais funéraires et doit lui être payée, en

1. Poth. VII, n° 275.

entier sur la succession du mari et non sur la communauté.

L'article 1481 du Code civil consacre le même principe. Ne faut-il pas que la veuve rende un hommage public à la mémoire de son mari défunt? *Feminiis lugere honestum est, viris meminisse*, dit Tacite.

Enfin, quant à l'article 1465, il a son origine dans un acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 21 juillet 1688, qui porte : « *Il est d'usage constant et certain, qu'il est loisible à une veuve, après le décès de son mari, de demeurer avec sa famille en la maison où il est décédé, et d'y vivre* (1). »

Le législateur dans l'article 1465, puisé dans l'ancienne jurisprudence du Châtelet de Paris, justice seigneuriale du comte de Paris, plus tard duc de France et même roi, en accordant à la veuve et à sa famille le droit de *prendre sa nourriture sur les provisions existantes* et d'être logée aux frais de la communauté, a pensé qu'il fallait bien venir au secours de la veuve survivante surprise par la mort souvent imprévue de celui qui, naguère la faisait vivre de son travail et de son industrie.

Il faut que la communauté subvienne aux premiers besoins de la veuve, l'état d'accablement et d'isolement dans lequel elle se trouve ne lui permettant pas de se créer du jour au lendemain des ressources pour pourvoir à son existence.

Enfin cette nourriture et ce logement ne peuvent-ils pas être regardés, dans une certaine mesure, comme une

1. *Ibid.*, n° 524.

compensation accordée à la femme pour la garde de la communauté que la loi lui confie ?

Les articles 1465, 1481 et 1492, n'ont donc pas leurs fondements dans le préciput des nobles. Ils ont été puisés dans nos anciennes coutumes qui accordaient tous ces avantages à la veuve sans distinguer si elle était noble ou roturière, bénéficiaire ou non d'un préciput légal ou conventionnel, acceptante ou renonçante à la communauté.

Et ces coutumes, en accordant à la veuve d'aussi importants avantages étaient mues par les sentiments les plus nobles et les plus généreux. N'est-il pas juste que la femme à laquelle le mari n'a pas songé à assurer des gains de survie trouve, quand il n'a pas eu le temps de le faire, frappé souvent par une morte subite, une compensation au bénéfice de l'association qui vient de cesser et un dédommagement pour les profits venant du travail de son époux ? Elle conservera ainsi, au moins pendant quelque temps, après la mort de son mari, une situation aussi favorable que celle qu'elle avait de son vivant.

Et ce devoir, ce ne sont pas les lois qui l'imposent au mari, ce sont les mœurs. Rien de plus juste, selon nous, que l'attribution légale à la veuve de ces modestes gains de survie quand le mari n'a pas pu ou n'a pas voulu remplir ce pieux devoir.

Inutile d'ajouter que dans l'ancien droit ; ces dispositions de faveur étaient inutiles à la veuve noble qui acceptait le préciput légal ainsi qu'à la veuve roturière jouissant d'un préciput conventionnel portant à l'instar du préciput légal sur tous les meubles de la communauté,

par suite de la confusion des créances et des dettes communes, sur leur tête.

SECTION I

Au profit de qui le préciput peut être stipulé.

Le préciput sur biens communs peut être stipulé au profit de chacun des deux époux, aussi bien au profit du mari qu'au profit de la femme.

En outre il peut être stipulé soit sous la condition de survie du précipitaire, soit sous toute autre condition, par exemple celle de divorce ou séparation de corps ou de biens.

Quant au préciput stipulé au profit du survivant, le droit s'ouvre en faveur du précipitaire dès le prédécès de son conjoint. Une fois la condition accomplie, si le précipitaire meurt avant la liquidation de communauté, ses héritiers peuvent exercer le droit qui s'est ouvert en sa personne, et prélever le préciput sur les biens communs.

Si la condition vient à défaillir, c'est-à-dire si le précipitaire meurt le premier, le droit ne s'ouvre pas et le préciput est éteint.

Supposons en second lieu le préciput stipulé sous toute autre condition que celle de survie. La condition s'accomplissant, le divorce par exemple étant prononcé, le droit s'ouvre immédiatement dans la personne du précipitaire et il le transmet à ses héritiers dans le cas où il mourrait avant la liquidation de communauté.

Ajoutons que le préciput pourrait être un droit expres-

sément accordé par le contrat de mariage aux héritiers de l'un des époux (1). Cette convention est valable puis qu'elle ne déroge ni aux lois, ni à l'ordre public et n'est que l'application de notre principe de droit commun qu'on peut stipuler pour soi et pour ses héritiers. L'article 1515 prévoit en effet le cas le plus ordinaire, la stipulation au profit de l'époux survivant. Mais rien ne s'oppose à ce que le droit soit accordé même aux héritiers de l'un des époux. Disons enfin que le préciput n'est au fond que l'une de ces clauses par lesquelles on assigne à chacun des époux des parts inégales dans la communauté et les articles 1522 et suivants prévoient formellement la stipulation de parts inégales relative aux héritiers des époux.

SECTION II

Etendue du préciput.

§ 1. — *Choses sujettes au préciput.*

Malgré les termes de l'article 1515 qui parle de *prélèvement sur des effets mobiliers*, nous décidons que cet article est énonciatif; par suite les époux pourraient valablement stipuler un préciput portant sur des immeubles, ou à la fois sur des meubles et des immeubles. De même le préciput peut être stipulé en usufruit seulement, aussi bien qu'en pleine propriété. De même encore le préciput peut consister en objets de diverse nature à prélever cumulativement ou sous une alternative.

1. Dalloz, au mot *préciput* n° 2911. — Rod et Pont, n° 1543.

Le préciput peut encore porter sur une quote part de la communauté, un quart, un huitième, car les époux peuvent faire toutes conventions non contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public (1).

La convention précipitaire porte le plus souvent sur un corps certain, ou une série de corps certains.

Cette convention peut être ou illimitée, ou limitée.

Dans le premier cas, elle est ainsi conçue : « L'époux survivant prélèvera à la dissolution du mariage, *ses habits, armes et chevaux*, si c'est le mari qui survit; *ses habits, bagues et bijoux*, si c'est la femme.

Le préciput, quand il est illimité, porte sur toutes les choses du genre de celles qui ont été stipulées et qui se trouvent dans la communauté, à la dissolution du mariage, quels que soient leur nombre et leur valeur.

Dans le second cas, une limitation est apportée au droit de l'époux survivant. Il est dit alors dans le contrat de mariage que l'époux précipitaire ne pourra prélever les objets à lui attribués que *jusqu'à concurrence d'une certaine somme*.

Quelquefois le préciput consiste en une somme d'argent; il peut être ainsi conçu : *Le survivant prendra pour préciput la somme de tant*.

Quelquefois encore, on attribue au survivant des meubles et des objets mobiliers, *pour une somme de tant*. Dans ce cas, les meubles et objets mobiliers attribués à l'époux bénéficiaire seront estimés.

Le contrat de mariage laisse quelquefois le choix au

1. Dalloz, n° 2911. Aubry et Rau, § 529 texte et note 3, Marcadé, V. art. 1515 Rod. et Pont, III, 1536.

survivant de prendre *ses habits, armes et chevaux, ou la somme de tant*. Le préciput en espèce peut en ce cas, dit Pothier, excéder la somme d'argent dont on a donné le choix au conjoint, pourvu néanmoins qu'il n'y ait pas une trop grande disproportion (1).

Nous admettons dans ce cas, contrairement à l'opinion de ce jurisconsulte, que le préciput en nature peut excéder la somme d'argent dont on a donné le choix au survivant, quelle que soit la disproportion qui existe entre le préciput de corps certains et le préciput d'espèces.

En donnant cette solution, nous interprétons comme elles doivent l'être, c'est-à-dire d'une façon très-large, les conventions matrimoniales. Les parties, en effet, n'ont pas voulu que ces deux prestations fussent nécessairement égales (2).

Les époux peuvent encore cumuler et le préciput en argent et le préciput en nature, comme lorsqu'ils disent : *aura la somme de tant pour préciput, et en outre ses habits, armes et chevaux* (3). Notre but n'est pas de passer successivement en revue les clauses préciputaires qu'on peut rencontrer dans tous les contrats de mariage.

Nous avons voulu seulement donner un aperçu des clauses les plus usuelles qui étaient déjà en pratique, au temps de Pothier.

1. Poth., n° 442.

2. Rod et Pont, n° 1536.

3. Poth., n° 442.

§ 2. — *Interprétation de la clause précipitaire quant à son étendue.*

Ceci dit, voyons maintenant l'interprétation qu'il faut donner à la convention précipitaire.

Dans cette convention, comme dans toutes les conventions en général, il faut *rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* article 1156, et interpréter la clause dans le sens *avec lequel elle peut avoir quelque effet plutôt que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun.* Art. 1157.

L'usage a une grande importance en cette matière, quand il s'agit d'interpréter la convention précipitaire, quoique chaque clause fournisse des éléments d'interprétation qui lui sont particuliers.

Nous allons voir, comment déjà au temps de Pothier, on interprétait les clauses les plus usuelles.

I. — C'est une convention très ordinaire dans le contrat de mariage, dit ce jurisconsulte, que la femme au cas de survie, aura dans les biens communs, par préciput, *ses habits, bagues et bijoux et linges à son usage.*

Que comprenait le mot *habits*. Seulement ce qui sert à couvrir le corps; on y comprendrait même les châles et dentelles de l'épouse. Par suite un préciput ne portant que sur les habits de la veuve ne comprendrait pas les bagues, bijoux et même les linges à son usage. *Et vice versa*, que fallait-il comprendre dans le préciput, lorsque la femme avait stipulé seulement ses bagues et bijoux?

Le terme *joyaux*, dit Pothier (1) répondant au mot latin, *ornamenta*, comprend tout ce qui sert à parer une femme, comme les pendants d'oreilles, bracelets, bagues, anneaux, colliers, aiguilles de tête, et autres ornements de tête, etc... Il comprend même la montre qu'une femme porte à sa ceinture, l'éventail qu'elle porte à la main, une tabatière, un étui.

En cela l'ancien droit interprétait d'un façon plus large que les Romains le terme *ornamenta*.

Au contraire, ne seraient pas compris sous le terme *joyaux*, les vêtements de la femme, le mot *habits* comprenant tout ce qui sert à couvrir le corps; le mot *joyaux*, tout ce qui sert à parer une femme et que nous avons fait entrer sous le terme *ornamenta*. Cette expression n'est pas synonyme de notre mot *joyaux*, elle correspondrait plutôt à ce que nous appelons actuellement les bijoux.

Ne serait pas davantage compris sous le terme *joyaux*, employé dans le contrat de mariage, ce que les jurisconsultes romains appelaient *mundus muliebris* et qu'ils distinguaient de ce qu'ils appelaient *ornamenta*. « *Ornamenta, sunt quibus mulier ornatur: mundus muliebris, est quo mulier mundior fit* (2). »

Le *mundus muliebris* comprend ce qui sert à la toilette de la femme, et tout ce qui en dépend. Ce sont les miroirs, les boîtes de toilette, parfums, pommades et tout ce qui les contient, tous objets qui ont généralement été acquis dans le ménage pour l'usage particulier de la

1. Poth., n° 440.

2. Ulp., L. 23, § 10, *De auro et argento leg.*

femme, ou mis à sa disposition par le mari : *quæ ejus causa parata sunt*.

Pour que le préciput comprît le *mundus muliebris*, les futurs époux auraient dû s'en exprimer formellement comme s'ils avaient dit : « A la dissolution du mariage, la future prélèvera *ses habits, bagues, joyaux, bijoux, et objets de toilette qui seront à son usage* (1).

Ce simple aperçu donne à entendre que les futurs époux feront bien d'énumérer le plus qu'ils pourront les objets qu'ils veulent attribuer au survivant à titre de préciput ; car en ceci comme en toutes choses, *Verba valent quantum sonant*.

La clause préciputaire, en effet, doit être interprétée restrictivement, et ne doit pas être étendue au-delà des objets que les futurs ont indiqués. C'est ainsi que la faculté pour la femme de prélever, avant partage, *les habits à son usage*, apportés en mariage, ne comprendrait pas ceux qui auraient été acquis pendant le mariage.

Dans ce cas, cependant, cette clause serait entendue avec une certaine largeur, et on permettrait à la femme de prendre dans sa garde-robe, une certaine quantité de vêtements, au moins jusqu'à concurrence de ce qu'elle avait lors de son mariage. Ne faut-il pas interpréter cette clause dans le sens, *avec lequel elle peut avoir quelque effet, plutôt que dans le sens avec lequel elle est susceptible de n'en pas ou peu produire*, art. 1157 et ne serait-il pas dérisoire de supposer que les parties n'ont entendu

1. Poth., n° 440. Rod et Pont., n° 1541.

accorder à la femme que des vêtements usés ou défraîchis (1)?

L'interprétation de l'étendue de la clause précipitaire soulevait encore bien d'autres questions dont nous allons détacher la suivante :

II. — Le préciput s'étendrait-il à tous les objets de l'espèce stipulée par contrat de mariage, quelle que soit la valeur de ces objets, alors même que par suite de certaines circonstances, le préciput aurait pris un développement que n'ont pas prévu les parties ?

Ou au contraire, faudrait-il, comme le dit Pothier, le faire réduire à de justes limites, *arbitrio judicis* ?

La question est vivement controversée entre les commentateurs modernes.

Nous n'hésitons pas à décider que le préciput s'étendrait à tous les objets de l'espèce que les parties ont eue en vue au moment de leur contrat de mariage, quelle que soit la valeur de ces objets ?

Il n'est pas possible de raisonner autrement.

En effet, où est la réserve établie par les époux dans leur contrat de mariage ? Cette réserve n'existant pas, admettre les héritiers de l'époux prédécédé à faire réduire le préciput au détriment du survivant, serait contraire à l'intention des parties.

Nous n'admettons donc pas, comme certains jurisconsultes, une réduction quelconque, faite en justice, alors même que le préciput aurait grossi outre mesure, comme à la suite de successions mobilières inespérées faisant tomber dans le patrimoine commun des époux soit une bi-

1. Aubry et Rau, § 529, note et texte 7.

bibliothèque de plusieurs milliers de volumes, ou une galerie de tableaux, ou encore des œuvres d'art d'un très grand prix.

L'époux survivant pourrait se prévaloir de la convention précipitaire sur tous les objets de l'espèce désignée dans le contrat de mariage, sans avoir à subir aucune réduction au profit des héritiers de son conjoint prédécédé.

La solution que nous venons de donner est déjà admise par des jurisconsultes d'une grande autorité et a sa base dans le grand principe de la liberté des conventions.

Il faut toujours *rechercher quelle a été la commune intention des parties*, art. 1156 (1).

III. — Le préciput, nous l'avons dit, s'étend à tous les objets de l'espèce mentionnée au contrat, lorsque c'est par suite de circonstances régulières et imprévues qu'il a grossi peu à peu. Il ne s'étendrait pas par suite, aux objets que les parties auraient volontairement acquis dans le but de le grossir, comme si un mari, bénéficiaire d'un préciput portant sur tous les immeubles à acquérir par la communauté, employait les fonds communs à en acheter, quelque temps avant le décès de son conjoint, et cela uniquement dans le but de faire porter son préciput sur ces immeubles. On pourrait multiplier à l'infini, les exemples de ce genre. Il y a là un acte indélicat qui n'est pas permis aux époux et qui est contraire du reste à

1. *Sic* Troplong n° 2412. Rod et Pont, III, n° 1539 et 1540. Marcadé, art. 1515, § 1.

Contra. Polhier, n° 441. Aubry et Rau, § 529, texte et note 8. Merlin, Rép. V° préciput conv. § 2, n° 3.

l'intention qui les animait lorsqu'ils faisaient rédiger leur contrat de mariage. Comme avant tout, c'est toujours à cette intention qu'il faut se référer, nous décidons que les héritiers de l'époux prédécédé qui sont lésés par ces acquisitions exagérées, pourraient faire réduire le préciput aux limites qu'il aurait eues sans ces acquisitions.

Nous déciderions également que le survivant pourrait se faire attribuer en justice une indemnité, si ostensiblement, en vue de diminuer le préciput, l'époux prédécédé avait transformé en argent, les objets auxquels son conjoint pouvait prétendre en vertu de son titre. *Fraus omnia corrumpit.*

Ce genre de fraude, heureusement assez rare dans la pratique, ferait peu d'honneur au conjoint qui s'en rendrait coupable ! Et disons-le, le plus souvent les époux s'entendent ensemble pour grossir le préciput. La pratique nous montre que c'est plutôt dans la vue de grossir son préciput que le survivant fait de ces acquisitions exagérées, souvent pendant la dernière maladie de son conjoint.

Empruntons à Pothier l'exemple qu'il nous donne :

Un gentilhomme de campagne, qui n'avait jamais eu d'autres chevaux que ceux qui servaient au labour de ses terres, avait, pendant la dernière maladie de sa femme, acheté un attelage de six chevaux de carrosse de grand prix, en vue de grossir le préciput illimité de ses armes et chevaux. Les héritiers de la femme prédécédée étaient en droit d'empêcher le mari survivant de prélever

ces objets, acquis par celui-ci uniquement dans le but de grossir son préciput (1).

SECTION III

Nature de la Convention préciputaire.

I. — Nous avons exposé, en parlant du préciput conventionnel dans l'ancien droit, la controverse qui s'était élevée entre les jurisconsultes sur la nature de la convention préciputaire.

Quel caractère la législation intermédiaire avait-elle attribué aux avantages préciputaires ?

Elle ne distinguait pas entre les avantages résultant des conventions matrimoniales et ceux résultant des donations proprement dites entre époux.

Citons en passant, l'art. 13 du décret du 17 nivôse an II, relatif aux donations et successions.

« Les avantages singuliers ou réciproques stipulés entre les époux encore existants, soit par leur contrat de mariage, soit par des actes postérieurs ; ou qui se trouveraient établis dans certains lieux par les coutumes, statuts ou usages, auront leur plein et entier effet, nonobstant les dispositions de l'art. 1^{er} auquel il est fait exception en ce point.

Néanmoins, s'il y a des enfants de leur union ou d'un précédent mariage, ces avantages, en cas qu'ils consistent en simple jouissance, ne pourront s'élever au-delà de

1. Pothier, n° 441. Aubry et Rau, § 529, texte et note 9. Marcadé, art. 1515, § 1. Rod et Pont, n° 1540.

moitié du revenu des biens délaissés par l'époux décédé, et s'ils consistent en des dispositions de propriété, soit mobilière, soit immobilière, ils seront restreints à l'usufruit des choses qui en seront l'objet, sans qu'ils puissent excéder la moitié du revenu de la totalité des biens. »

Ce texte vise d'abord les donations faites par contrat ou par acte postérieur ; il vise aussi les avantages résultant des conventions matrimoniales, puisqu'il parle de ceux qui seraient établis par les coutumes, statuts ou usages, ce qui ne peut s'appliquer qu'aux conventions matrimoniales et non aux donations proprement dites qui ne peuvent jamais résulter d'un texte légal.

Donc sous le droit intermédiaire, tout enfant d'un précédent mariage et tout enfant du mariage actuel pouvait demander la réduction. C'est ce que décidait formellement le § 2 de l'art. 13. A ce point de vue, il n'y avait donc aucun intérêt, à cette époque, à discuter quelle pouvait être la nature de la convention précipitaire. Cette assimilation persiste-t-elle encore ?

II. — Cette question nous conduit à déterminer quelle est la nature actuelle du préciput. A-t-il le caractère d'une convention à titre onéreux ? a-t-il le caractère d'une convention à titre gratuit ?

C'est une des controverses les plus délicates que nous a léguées l'ancien droit et que le Code n'a pas tranchées.

Ces difficultés naissent du peu de clarté que les législateurs ont mis dans la rédaction de l'art. 1516 ainsi conçu : « *Le préciput n'est point regardé comme un avantage sujet aux formalités des donations, mais comme une convention de mariage.* »

Qu'ont voulu dire les rédacteurs du Code quand ils disent que le préciput n'est point regardé comme un avantage sujet aux formalités des donations, mais comme une convention de mariage.

L'obscurité de ce texte est peut-être due en partie au double caractère de la convention préciputaire qui n'est à proprement parler ni convention à titre onéreux, ni convention à titre gratuit. Elle a des caractères de l'une et de l'autre convention.

D'un côté, nous le savons, ce contrat n'était pas considéré comme une donation puisqu'il était dispensé de l'insinuation ; d'un autre côté, il ne produisait pas complètement les effets des contrats à titre onéreux, puisqu'au regard de quelques-uns, il était considéré comme acte à titre gratuit.

Pothier lui-même n'avait pas bien dégagé le caractère de cette clause matrimoniale, qui lui apparaissait comme un contrat d'une nature mixte.

Les rédacteurs du Code, à leur tour, n'ont pas réfléchi qu'il y avait là une clause d'une nature mixte, *sui generis*. Ils auraient pu rédiger le texte dans les termes suivants : le préciput est considéré comme contrat à titre onéreux, mais exceptionnellement il produit quelques-uns des effets attachés aux donations : 1° à l'égard des enfants d'une précédente union, le veuf ou la veuve ne pouvant disposer au profit de son nouveau conjoint que dans les limites de l'art. 1098 ; 2° à l'égard de l'époux qui a donné lieu au divorce ou à la séparation de corps, qui perd l'avantage préciputaire ; les rédacteurs, disons-nous, au lieu de rédiger ainsi l'art. 1516 ont dit :

le préciput n'est point regardé comme un avantage sujet aux formalités des donations, ce qui donne à penser que d'après eux, cette convention est en principe une donation, mais dispensée par exception des formalités inhérentes aux libéralités.

Tel est le raisonnement auquel conduirait l'interprétation littérale du texte, appuyée sur les travaux préparatoires.

Les auteurs qui soutiennent cette opinion, invoquent en effet, à l'appui de l'article 1516 un passage du discours du tribun Siméon. *Cet avantage, dit-il, est une véritable donation de survie, qui n'est point sujette aux formalités de l'insinuation, exigée pour les donations absolues* (1). C'est dire en termes nets que le préciput constitue une libéralité.

Mais cette manière de voir du rapporteur ne peut exercer aucune influence sur la solution de cette question; puisqu'il n'y a là qu'une interprétation personnelle à l'orateur.

Dans la solution de cette question, la logique et le raisonnement appuyés sur l'étude de l'ancien droit doivent l'emporter sur la rédaction vicieuse de l'article 1516. Il faut pardonner au législateur de 1803 le peu de soin avec lequel il a rédigé cet article, la rédaction de nos Codes ne l'oublions pas, a été une œuvre considérable. Il a reproduit Pothier sans bien réfléchir à ce qu'il écrivait. Que voulait-il dire par les termes; « le préciput est dispensé des formalités des donations ? » Il se référait vraisemblablement à l'*insinuation*, qui n'existait plus de son temps.

Nous repoussons l'opinion de ceux qui voient dans le préciput une véritable donation dispensée quant à la for-

1. Locré, XIII, 447.

me, des formalités des actes à titre gratuit, mais régie quant au fond par les règles des donations.

D'après ces auteurs, ce n'est pas seulement par les enfants du premier lit que la réduction pourrait être demandée, mais encore par tous les héritiers à réserve sans distinction.

Il y aurait encore à noter d'autres conséquences au point de vue du rapport et de la révocation.

Les auteurs qui, comme nous, voient dans la clause précipitaire une convention à titre onéreux, outre l'argument tiré de nos anciens auteurs Pothier et Lebrun, invoquent en leur faveur l'article 1516 *in fine*, qui dit en termes formels que le préciput est considéré *comme convention de mariage*. L'idée de contrat à titre onéreux semble donc avoir été la préoccupation dominante des rédacteurs du Code civil.

Ceci se comprend sans peine, puisque Pothier dit, en parlant de cette clause, *qu'elle est regardée plutôt comme convention de mariage que comme donation* (1).

Cette opinion acquiert une bien plus grande force quand elle invoque encore en sa faveur l'article 1525, qui attribue le caractère de convention à titre onéreux et non à titre gratuit, à la clause par laquelle un des époux stipule que la totalité de la communauté lui appartiendra.

Si l'article dit que *cette stipulation n'est point réputée un avantage sujet aux règles des donations, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais simplement une convention de mariage et entre associés*, à plus forte raison, en est-il de

1. Poth., n° 442, t. VII, C^{té}.

même de la clause précipitaire, qui n'est qu'un diminutif, une restriction de cette clause.

Et telle paraît bien être la manière de voir de la jurisprudence qui admet que la convention matrimoniale, attribuant au survivant la totalité de la communauté, même d'une communauté d'acquêts, constitue, lorsque l'époux prédécédé a laissé des enfants d'un premier mariage, un avantage indirect qui doit être restreint à la portion déterminée par l'article 1098 (1).

La jurisprudence semble bien transporter ces règles d'interprétation d'un cas à un autre.

La convention précipitaire, nous l'admettons donc est une convention de mariage et non une donation. Il est bien vrai que cette convention produit quelques-uns des effets d'une clause à titre gratuit ; mais l'incertitude du résultat imprime à cette clause un caractère si incertain qu'elle vient combattre l'idée d'un titre purement lucratif (2) ; ce qui n'empêche pas le législateur de lui attribuer un double effet réservé ordinairement aux actes à titre gratuit. En premier lieu la loi permet aux enfants du premier mariage de demander la réduction de la clause précipitaire. Elle impose donc au veuf ou à la veuve qui convole en secondes noces, des devoirs plus stricts et plus rigoureux à l'égard des enfants nés d'une précédente union, qu'à l'égard de ceux qui naîtront du mariage. Ceux-ci, au moins, s'ils sont lésés par une clause précipitaire stipulée au profit du nouvel époux, ont l'espoir de recueillir dans la succession de ce conjoint, ce

1. Cass. 13 juin 1855. V. aussi Cass. 24 mai 1808.

2. Rod et Pont, n° 1614.

qu'ils ne trouveront pas dans celle de l'autre, espoir que n'ont pas les enfants du précédent mariage, ces derniers n'étant jamais appelés à succéder à leur beau-père ou belle-mère.

En second lieu, l'époux contre qui le divorce a été prononcé perd le bénéfice de la clause précipitaire.

La séparation de corps produit le même effet.

Le législateur, avons-nous dit, fait exceptionnellement produire à un contrat à titre onéreux ce second effet d'une donation. Il a pensé qu'il était juste de dépouiller l'époux qui s'était montré indigne de l'union qu'il avait contractée, de tous les avantages matrimoniaux sans exception.

Nous avons décidé que malgré cela, la clause précipitaire reste une convention à titre onéreux. De là, deux conséquences : 1° Il n'est pas dû de droits de mutation sur le gain précipitaire ; donc pas de droit de donation sur le contrat de mariage qui, anciennement, était un droit fixe, droit gradué maintenant, pas de droit proportionnel non plus au décès du prémourant (1) ; 2° les héritiers réservataires de l'époux prédécédé, autres que les enfants d'un premier lit, héritiers réservataires, qui peuvent être comme nous le savons, les enfants nés du mariage, ou les ascendants de l'époux dont le conjoint recueille le préciput, ne pourraient pas faire réduire cet avantage, alors même qu'ils ne trouveraient pas dans la succession du *de cuius*, la réserve que leur accorde la loi (2).

1. Rod et Pont, 1614.

2. *Ibid.*, 1534.

SECTION IV

Effets du préciput.

I. — Le préciput, soit qu'il comprenne des meubles ou des immeubles de la communauté, n'a pas pour résultat de rendre ces biens propres à l'époux au profit de qui il a été stipulé. Ils font toujours partie de la communauté, sauf à l'ayant-droit à les prélever, avant partage, sur la masse, lors de la dissolution de la communauté. D'où nous tirons plusieurs conséquences :

1° Le mari peut toujours les aliéner comme chef de la communauté dont il est *seigneur et maître*, sans que la femme puisse critiquer l'aliénation des objets compris dans son préciput, si un jour, le droit venait à s'ouvrir en sa faveur (1).

Le mari peut, suivant l'expression d'un vieil auteur *les boire et les manger*.

2° Les créanciers peuvent les saisir et les faire vendre pour s'en faire attribuer le montant en paiement, art. 1519.

3° A la dissolution de la communauté, pour déterminer la mesure de l'avantage préciputaire, il faut d'abord déterminer la consistance de la masse partageable. C'est en effet sur les forces réelles de la communauté que se calcule le bénéfice accordé à l'époque préciputaire.

Les époux commenceront donc par prendre les biens qui leur sont restés propres et qui n'ont été confondus

1. Marcadé, art. 1519, al. 1.

avec ceux de la communauté qu'en apparence, sous l'administration commune du mari.

On attribuera, en outre, à chacun des époux les indemnités qui lui sont dues, à raison des sommes propres qui auraient été employées pour les biens communs.

De même les époux rapporteront à la masse, les sommes dont ils sont débiteurs envers la communauté; puis les dettes communes payées, c'est sur la masse ainsi déterminée que le survivant prélèvera l'avantage à lui accordé par son contrat de mariage.

L'époux précipitaire n'est donc pas créancier de la communauté.

Il a seulement sur les biens communs, un droit plus fort que son conjoint, puisqu'il peut prélever, avant partage, les objets précipitaires, le reliquat des biens communs se partageant par moitié entre les deux époux.

II. — Les futurs époux peuvent, avons-nous dit, conférer à l'un d'eux un préciput soit cumulativement, soit sous une alternative.

A qui appartient le choix lorsque cette dernière *forme* a été employée?

Faut-il appliquer ici la règle contenue dans l'article 1190 du Code civil, suivant laquelle le *choix appartient au débiteur s'il n'a pas été expressément accordé au créancier?*

Nous n'hésitons pas à nous prononcer pour la négative. De tous temps, le choix a appartenu au survivant. Ceci se comprend sans peine. La stipulation ne porte-t-elle pas sur des objets qui ont pour l'époux bénéficiaire

une valeur d'affection, puisque le plus souvent les objets grevés de préciput étaient déjà en sa possession lors de son mariage?

Refuser à l'époux le droit de les choisir serait lui retirer d'une main, le droit que la convention lui accorde d'une autre, ou le diminuer singulièrement.

En cette matière, les héritiers de l'époux prédécédé ne peuvent invoquer en leur faveur l'article 1190, car en matière de contrats de mariage, les usages ont une grande importance.

Ce sont des raisons de haute convenance, puisées dans nos mœurs qui militent en faveur du survivant.

Ajoutons qu'il serait humiliant pour lui d'être soumis au bon plaisir d'héritiers quelquefois rapaces et hostiles (1).

III. — Le préciput étant un titre particulier d'acquisition, n'a pas d'influence sur la contribution aux dettes; d'ailleurs il ne confère à l'époux bénéficiaire qu'un droit à exercer avant le partage, sur l'actif net de la communauté.

Il en était de même dans notre ancien droit pour le préciput conventionnel et c'était là le principal caractère qui le distinguait du préciput légal; c'est que ce dernier étant un titre universel obligeait le conjoint noble survivant au paiement des dettes même *ultra vires emolumentum*.

La disposition de l'article 1521 du code civil qui fait supporter à l'époux une part des dettes de communauté proportionnellement à la part qu'il prend dans l'actif commun, n'a pas d'application dans l'hypothèse d'un

1. Aubry et Rau, § 529 et note 3. — Rod et Pont, n° 1536.

préciput. Si le survivant a le droit de prendre *par préciput et hors part* tout le mobilier de la communauté ou même la communauté mobilière et l'usufruit des acquêts, il ne faut pas voir dans cette clause un préciput dans le sens que nous avons donné à ce terme, mais une attribution de parts inégales se rattachant à la section VII du Code.

Ainsi en s'attachant au vrai caractère juridique du préciput de même qu'à l'étymologie du mot, il faudrait décider que l'époux préciputaire prend cet avantage matrimonial sans avoir à supporter quoi que ce soit dans le passif commun. Qui dit en effet, *avantage hors part*, dit bénéfice exempt de toutes dettes et charges quelconques.

IV. — Lorsque le préciput a été stipulé en faveur de la femme, le droit de celle-ci est-il une créance contre la communauté; est-il une créance contre le mari ou les héritiers de celui-ci?

Une opinion dit qu'on ne peut voir une dette commune dans une dette contractée avant le mariage, alors qu'aucun des deux époux ne pouvait engager la société conjugale, et qui, par sa nature, a dû rester personnelle aux conjoints, n'ayant été contractée qu'en vue de liquider la communauté et d'y mettre fin.

Les héritiers du mari prédécédé sont donc débiteurs envers la veuve du chef de leur auteur. Ils sont obligés à lui laisser prendre, avant partage, dans la masse commune, certains objets ou une certaine somme. Cette opinion n'admet pas que la femme, quoique créancière des héritiers du prédécédé, puisse poursuivre sur tous les biens de la succession du *de cujus*, le paiement de son

préciput. Elle peut seulement conclure vis-à-vis d'eux à une chose, qu'ils lui laissent prendre avant tout partage.

Dans une seconde opinion, on pourrait raisonner ainsi : la dette préciputaire est une dette de communauté dans le vraisens du mot, puisqu'elle devient commune d'une façon définitive et au point de vue de l'obligation et au point de vue de la contribution. Elle fait donc partie du passif définitif de la communauté.

Du reste qui est débiteur du préciput ? La communauté qu'on considère, jusqu'à un certain point, comme formant un être moral.

Enfin n'ont vraiment le caractère de dettes personnelles que celles auxquelles ce caractère a été reconnu par un texte formel.

L'intérêt de la controverse est celui-ci :

Dans l'opinion qui admet que la dette préciputaire est dette personnelle de l'époux éventuellement débiteur du préciput, les intérêts ne commencent à courir qu'à partir de la demande en justice, art. 1479.

Au contraire, dans l'opinion qui considère la dette préciputaire comme une dette commune, les intérêts courent de plein droit, du jour de la dissolution de la communauté, art. 1473 (1).

1. Rod et Pont, n° 1569. Troplong, n° 2121.

SECTION V

Du préciput en cas de divorce, de séparation de corps ou de séparation de biens.

La dissolution de la communauté résultant de la séparation de corps ou de biens et du divorce (depuis la loi du 27 juillet 1884, qui l'a rétabli de nouveau dans notre législation, après une éclipse de 68 années, le divorce ayant déjà existé autrefois du 20 septembre 1792 au 8 mai 1816), ne donne pas ouverture au préciput stipulé sous condition de survie.

L'article 1452 le dit, et cela est d'évidence, car lorsque la communauté se dissout soit par la séparation de corps ou de biens, soit par le divorce, la condition de survie ne s'est pas encore réalisée et on ne sait même pas si elle se réalisera un jour et au profit de qui. C'est pourquoi, en principe, seule la mort naturelle de l'un des époux, et autrefois la mort civile jusqu'à son abrogation définitive par la loi célèbre du 31 mai 1834, pouvaient donner ouverture à la clause préciputaire, stipulée seulement en faveur de l'époux survivant.

Il en était ainsi dans notre ancien droit coutumier, où nous avons montré que la jurisprudence des Parlements admettait le plus souvent l'ouverture du gain préciputaire au profit de l'époux dont le conjoint avait été frappé de mort civile. Cette question, jadis controversée, ne l'était plus avant la loi du 31 mai 1834, l'article 25 du Code civil ayant déclaré que l'époux, comme les héritiers

du mort civilement pouvaient exercer tous les droits auxquels la mort civile donnait ouverture. L'article 1517 aussi s'en expliquait formellement. Les rédacteurs du Code civil, comme on le voit, avaient étendu outre mesure, la fiction qui faisait de la mort civile, l'image de la mort naturelle (1).

§ 1. — *Du préciput sous condition de survie, lorsque intervient un divorce ou une séparation de corps.*

Quatre questions se présentent en cas de divorce ou de séparation de corps : 1^o le préciput est-il maintenu ou anéanti ? 2^o dans le cas où il serait anéanti, pourrait-il renaître en cas de renonciation ? 3^o y a-t-il lieu à délivrance actuelle du préciput ? 4^o En cas de délivrance anticipée l'époux qui conserve provisoirement tout ou partie du préciput doit-il donner des garanties de restitution ?

Première question. — Maintien ou perte du préciput.

L'article 1518 du Code civil est ainsi conçu : « Lorsque la dissolution de la communauté s'opère par le divorce ou par la séparation de corps, il n'y a pas lieu à la délivrance actuelle du préciput ; mais l'époux qui a obtenu soit le divorce, soit la séparation de corps, conserve ses droits au préciput en cas de survie. Si c'est la femme, la

1. Marcadé, sur l'art. 1517. Rod et Pont, n^o 1551.

somme ou la chose qui constitue le préciput reste toujours provisoirement au mari, à la charge de donner caution. » On voit, à la simple lecture de ce texte, que lorsque la communauté se dissout par la séparation de corps ou par le divorce, l'époux contre lequel la séparation de corps ou le divorce a été prononcé, perd son droit au préciput.

En effet, l'article dit que l'époux qui a obtenu soit la séparation de corps, soit le divorce, *conserve ses droits au préciput en cas de survie*, d'où on conclut par argument *a contrario*, que l'époux contre lequel une de ces deux mesures a été prise, est déchu de son droit éventuel au préciput.

Les rédacteurs du Code civil ont donc mis sur la même ligne, quant à la déchéance du préciput, le divorce et la séparation de corps.

Il est naturel qu'il en soit ainsi, les motifs qui font prononcer la déchéance à la suite du divorce s'appliquant avec la même force lorsque la séparation de corps a été prononcée.

En effet, lorsque le gain préciputaire est perdu pour l'époux qui a donné lieu au divorce par son inconduite ou son ingratitude on ne comprendrait pas qu'il ne fût pas également perdu pour l'époux ayant donné lieu à la séparation de corps pour les mêmes motifs. L'époux contre qui a été prononcée la séparation de corps est-il plus digne d'intérêt que celui contre qui le divorce a été pro-

noncé? L'un a-t-il mieux rempli que l'autre ses devoirs de fidélité et de reconnaissance envers son conjoint?

Personne ne peut émettre cette prétention.

Il y a donc là deux demandes qui, étant fondées sur les mêmes causes doivent, dans un sentiment de morale, de justice et d'équité, aboutir au même résultat. Décider le contraire serait violer cette règle immuable de logique et de raison qui veut qu'à des causes identiques on n'applique pas des effets différents.

Plusieurs auteurs (1) se fondant à tort sur un arrêt de la Cour de cassation, rendu le 23 mai 1845 (2) avaient invoqué l'article 299 du Code civil en faveur de notre opinion.

Suivant eux cet article qui prononçait au détriment de l'époux contre lequel le divorce avait été prononcé la déchéance des avantages que l'autre époux lui avait faits s'appliquait également à la séparation de corps.

Mais l'argument était inutile dans la question du préciput. L'article 299 prononce en effet la déchéance des donations faites au conjoint, mais il reste étranger à la question de la déchéance du préciput à laquelle s'applique l'article 1518 seul. L'argument *a contrario* que nous tirons de ce dernier texte suffit d'ailleurs, appuyé qu'il est par le motif rationnel que nous avons développé.

1. Rod. et Pont, n° 1554. Marcadé sur l'art. 1518. Voyez aussi le même auteur sur l'art. 311, n° 2.

2. Dall., 45. 1, 225 ; J. Pal., 1845. t. 1, p. 625.

Nous venons de décider que la séparation de corps fait perdre son préciput à l'époux contre qui elle a été prononcée.

Cette déchéance s'appliquerait-elle, s'il y avait seulement séparation de biens ? La question se pose seulement pour le mari, la séparation de biens ne pouvant intervenir qu'à la requête de la femme dont la dot est mise en péril par la mauvaise administration de son mari. Nous décidons que le mari conserverait dans ce cas le droit au préciput, si la condition de survie se réalisait un jour, car la cause qui amène la dissolution de la communauté, à la différence des causes qui servent de fondement à la séparation de corps ou au divorce, peut être un indice de son imprévoyance, de son impéritie relativement aux affaires, mais n'implique en rien ni son ingratitude, ni son indignité (1).

De plus, la loi ne parlant que de la séparation de corps et du divorce et les dispositions qui établissent des déchéances ne pouvant s'étendre par analogie d'un cas à un autre, il faut donner une solution contraire à la précédente. Ajoutons encore que telle était la manière de voir de notre ancienne jurisprudence.

1. Aubry et Rau, 530, texte et note 13. Rod et Pont, n° 1554.

Deuxième question. — Renaissance du droit au préciput.

Le droit au préciput éteint par la séparation de corps pourrait revivre, après la réconciliation des époux, au profit de celui qui l'a perdu. Il n'a pas besoin de revivre au profit de l'époux ayant obtenu le jugement, puisque ce dernier n'encourt aucune déchéance, nous l'avons dit.

Le *jus præcipiendi* peut revivre, mais ne l'oublions pas, un simple consentement des époux ne suffit pas pour le rétablissement du régime primitif; il faut, en outre, qu'il soit manifesté par *acte passé devant notaires et avec minute*, art. 1451.

Pour des raisons qui nous entraîneraient hors de notre sujet, la loi exige que le consentement des époux rétablissant leur régime dissous, soit reçu en forme authentique et livré à la publicité. (1)

Un cas analogue pourrait se présenter après un divorce, s'il intervenait une réconciliation des époux.

Dans ce cas, la loi du 27 juillet 1884, dans son art. 297, décide qu'une *nouvelle célébration du mariage est nécessaire*, et elle ajoute, *les époux ne pourront adopter un régime matrimonial autre que celui qui réglait originairement leur union.*

De la lecture de ce passage, il résulte bien que le préciput qui avait été perdu pour l'époux, par suite du jugement prononçant le divorce contrelui, renaît.

Nous n'avons rien de particulier à dire pour le cas où les époux rétabliraient entre eux leur communauté de

1. Rod et Pont, n° 1555.

biens, dissoute par un jugement de séparations de biens. Inutile d'ajouter que point n'est besoin de leur consentement pour rétablir au profit du mari, bénéficiaire d'un préciput, le *jus præcipiendi* qu'il n'a pas perdu.

Seulement, et cette observation s'applique aux cas de dissolution de communauté par divorce, séparation de corps ou de biens, l'époux préciputaire qui aurait exercé le droit au préciput, à la dissolution de la communauté pour le cas assez peu fréquent où l'existence du gain préciputaire n'aurait pas été subordonnée à la condition de survie, devrait, par suite de l'effet rétroactif attaché au rétablissement du régime matrimonial antérieur, manifesté dans les formes légales, remettre en communauté les objets préciputaires qu'il aurait déjà prélevés, ou une valeur équivalente. En effet, la loi considère la communauté rétablie par la volonté des parties, comme n'ayant jamais été dissoute, art. 1451.

Troisième question. — Délivrance actuelle du préciput.

Y a-t-il lieu à *délivrance actuelle* du préciput ?

Si le préciput a été stipulé en prévision de la séparation de corps ou du divorce, l'époux à la demande de qui le jugement aura été rendu, prélèvera immédiatement les objets composant son préciput, puisque la condition sous laquelle il a été stipulé se trouve accomplie.

Si au contraire le gain préciputaire avait été stipulé en cas de survie, comme la condition à laquelle il a été subordonné n'est pas encore accomplie, et que les parties ignorent même si elle s'accomplira un jour, il y a lieu

de procéder à une attribution provisoire, qui donne lieu à de graves difficultés.

Disons d'abord que la femme qui a stipulé un préciput sur la communauté, y perd tous ses droits si elle renonce à cette communauté, puisque nous supposons ici qu'elle ne se l'est pas réservé sur les biens du mari.

La question de savoir s'il y a lieu à la délivrance actuelle de tout ou partie du préciput ne se pose donc que dans le cas où la femme accepte la communauté.

Avant d'examiner les différents systèmes en présence, voyons ce que dit le texte, et nous étudierons plus tard les conséquences auxquelles on aboutit dans l'un et l'autre système.

L'article 1518 *in fine* est ainsi conçu : « Si c'est la femme, la somme ou la chose qui constitue le préciput reste toujours provisoirement au mari, à la charge de donner caution. »

L'art. 1518 dans son alinéa final a tort de dire que la somme ou la chose qui constitue le préciput reste toujours provisoirement au mari. Il oublie que le partage qui, dans notre hypothèse, a suivi le divorce ou la séparation de corps, a eu pour effet immédiat de diviser toutes les valeurs. De quel droit le mari retiendrait-il la totalité du préciput ? La femme n'a-t-elle pas, tout comme lui, sa moitié des biens communs ? Prenons un exemple : une femme a stipulé un préciput de 10,000 fr., pour le cas où elle survivrait à son mari, la séparation de corps ou le divorce, supposons-le, est prononcée contre le mari ; on liquide la communauté, est l'actif net à partager est de 40,000 fr. Le mari prendra 20,000 fr. et la femme pareille somme ; puis, si la femme survit à son mari, le

héritiers de celui-ci paieront à la veuve 5000 fr. somme égale à la moitié du préciput, car le gain préciputaire n'est payable que sur la masse partageable et la femme en a déjà reçu la moitié, lors du partage de la communauté, de sorte que finalement la femme aura 25,000 fr, et son mari ou plutôt les héritiers de celui-ci, 15,000 fr.

Telle est la solution qui doit être donnée, quoiqu'elle paraisse contraire à l'article 1518 *in fine*.

Pour respecter le texte, il semble qu'il faudrait, dans l'exemple que nous avons choisi, commencer par prélever sur la masse, le montant du préciput, soit 10.000 francs que l'on attribuerait provisoirement au mari, puis partager le reste, soit 30.000 francs par moitié, les héritiers du mari devant payer à la veuve, lors de l'événement de la condition de survie, 10.000 francs, montant de son préciput.

Ainsi le mari, en sus de sa part, retiendrait à sa femme une somme de 10.000 francs dont il aurait la jouissance, sa vie durant, sans payer à celle-ci aucun intérêt. C'est ce qui résulterait du texte, si l'on prenait le mot *toujours*, en l'appliquant même au cas présent.

C'est la solution contraire que nous admettons. Il est plus exact de dire avec Pothier, donc les rédacteurs du Code ont sans doute entendu consacrer la doctrine, que le partage se fait sans égard au gain préciputaire, qui n'est pas encore ouvert, sauf règlement ultérieur des droits du survivant *eventu conditionis*.

Le législateur si sage, si éclairé de 1803 n'a certainement pas entendu consacrer une iniquité. La femme, en effet, se verrait ainsi moins favorisée que si elle n'avait

pas droit au préciput. Comment ! Si aucun préciput n'avait été stipulé au profit de la femme, elle obtiendrait dans le partage de la communauté 20.000 francs et, parce qu'elle s'est fait attribuer un préciput en cas de survie, elle n'aurait droit provisoirement qu'à 15.000 francs. L'équité la plus vulgaire proteste contre ce résultat ; elle exige que la femme obtienne provisoirement dans le partage de la communauté, au moins ce qu'elle aurait, si elle n'avait pas stipulé de préciput.

Malgré des raisons si puissantes, un autre système donne une solution opposée.

Le mari garderait provisoirement tout le préciput. Si la femme précédait, le mari en rendrait la moitié aux héritiers de celle-ci. Si au contraire la femme survivait, les héritiers du mari lui rendraient tout le préciput.

Ce système argumente du texte final de l'art. 1518 qui ne fait aucune distinction.

Quelle que soit l'autorité des partisans de ce système, nous adoptons l'opinion qui ne laisse au mari que la moitié du préciput.

Si la femme précède, les comptes sont tout réglés à l'avance, chacun conserve ce qu'il a retiré de la communauté.

Si, au contraire, la femme survit, les héritiers du mari lui rendent la moitié conservée par ce dernier.

Cette opinion a été émise pour la première fois par Delvincourt et reproduite par MM. Rodière et Pont (1).

1. *Sic.* Delvincourt, III, p. 94. Rod. et Pont, III, 1560. Aubry et Rau, § 529, texte et note 16, *contra.* Troplong, III, 2135.

Mais comment concilier ce second système avec les termes de l'art. 1518 ?

Deux explications sont en présence.

Selon la première, qui nous paraît préférable, les rédacteurs du Code n'ont prévu dans ce texte qu'une seule hypothèse, celle du préciput stipulé sur les biens du mari. Alors, dans le silence du texte, nous sommes obligé de régler la question, et nous la réglons par l'équité et suivant le principe général du partage par moitié. Le partage de communauté se fera donc sans avoir égard au préciput.

Une autre explication fort ingénieuse, mais non moins arbitraire a été donnée. Quand la loi dit que « *le préciput reste toujours provisoirement au mari* ; » elle entend vraisemblablement parler de l'avantage, du bénéfice résultant du préciput ; or cet avantage est de la totalité du préciput quand la femme renonce à la communauté, puisqu'alors le préciput se paie sur des biens auxquels la femme n'a aucun droit ; mais il n'est en réalité que de la moitié quand la femme accepte la communauté, car dans ce cas le préciput doit être payé avec des valeurs dont la femme est propriétaire pour la moitié.

Donc, suivant cette explication, l'art. 1518 viserait le préciput sur biens de communauté et il serait complet, en prévoyant aussi bien l'hypothèse de la femme acceptante que celle de la femme renonçante.

Examinons en dernier lieu, deux difficultés relatives au préciput.

En supposant que les deux conjoints fussent *morts dans le même événement*, un incendie, un naufrage par exemple, et qu'il soit impossible d'établir l'ordre dans lequel les décès se sont produits, faudrait-il appliquer les présomptions des articles 720, 721 et 722 au titre premier des successions, pour prouver la *survie* de l'époux, du chef duquel le gain préciputaire est réclamé par ses héritiers? Non, car ces articles ont été faits pour une situation spéciale. Il faut rester ici dans les termes du droit commun en vertu duquel la charge de la preuve incombe au demandeur. *Actoris est probare*. A défaut de preuve établissant la survie de l'époux préciputaire, on partagera la communauté par portions égales sans tenir compte du préciput. N'est-ce pas le cas de dire avec la loi romaine; *neuter alteri supervixit* (1) ?

Lorsque l'un des conjoints est *absent*, l'époux présent est autorisé, en optant pour la dissolution de la communauté, à réclamer provisoirement son préciput, à la charge de donner caution pour sûreté des effets compris dans son gain de survie, à cause de la restitution éventuelle à laquelle il pourrait être tenu, un jour, article 124 du Code civil. Telle était déjà, dans notre ancien droit, la jurisprudence des Parlements, comme nous l'avons vu (2).

Quatrième question. — Garanties de restitution.

Le mari qui garde tout ou partie du préciput, suivant

1. Aubry et Rau, § 529, texte et note 11. Rod. et Pont., n° 4550. Troplong, n° 2127. Pothier. Communauté VII, n° 444.

2. *Sic*, Aubry et Rau, § 529, texte et note 12. Rod. et Pont, 1564.

le système que l'on adopte, doit-il à la femme des garanties de restitution ?

Les partisans du premier système qui appliquent la fin de 1518 à toutes les hypothèses sans distinction, astreignent le mari à fournir la caution toutes les fois qu'il garde tout ou partie du préciput.

Quant à ceux qui adoptent le second système, une divergence se produit entre eux, suivant l'explication qu'ils donnent.

Pour nous qui disons que l'article 1518 *in fine* ne s'applique pas à l'hypothèse du préciput sur communauté, nous n'astreignons pas le mari à fournir caution pour la restitution éventuelle de la moitié qu'il conserve provisoirement ; d'abord parce que les cautions légales ne s'étendent pas d'un cas à un autre, ensuite parce que l'acceptation de la femme fait supposer que le mari est bon administrateur et restera tel. Ceux qui adoptent la seconde explication et qui veulent que l'article 1518 s'applique aussi bien au préciput sur biens communs qu'au préciput sur biens du mari, astreignent le mari à donner caution dans tous les cas.

Jusqu'à présent nous avons supposé, comme le fait l'art. 1518, un préciput stipulé au profit de la femme.

Mais que décider au cas où le préciput aurait été stipulé en faveur du mari ?

Quant au maintien ou à la perte du préciput, le commencement de l'art. 1518 s'applique à la fois aux deux époux et nous savons déjà que le mari contre lequel le

divorce ou la séparation de corps a été prononcée perd son droit au préciput.

Il y aurait une analogie pareille entre le mari et la femme pour la renaissance du droit au préciput, en cas de réconciliation.

Mais quant aux deux autres questions, délivrance du préciput et garantie à fournir, elles doivent être examinées dans l'hypothèse du préciput accordé au mari.

A la dissolution de la communauté survenue par une cause quelconque, la femme peut répudier ou accepter la communauté.

Dans le premier cas, aucune difficulté. La femme étant censée n'avoir jamais eu aucun droit dans les biens communs, la stipulation du préciput devient inutile au mari.

Dans le second cas, au contraire, les mêmes difficultés que celles que nous avons déjà examinées sur le préciput de la femme acceptante, s'élèvent au point de vue de la délivrance de la caution. Nous décidons, comme nous l'avons déjà fait, que le partage a lieu comme si aucun préciput n'avait été stipulé.

Mais le mari peut-il exiger caution de sa femme pour la part dont elle est éventuellement débitrice envers lui, si la condition de survie se réalise un jour ? Nous décidons que le mari ne peut exiger caution de sa femme, aucun texte de loi n'imposant cette obligation à la femme, et les cautions légales ne s'étendant pas d'un cas à un autre.

On ne peut être tenu de fournir caution que si on y est forcé par convention, jugement, ou un texte législatif. Enfin, l'art. 1518 fournit contre le mari un argument *a con-*

trario; en accordant à la femme le droit de demander caution, il lui refuse implicitement le même droit.

Troplong, au contraire, pour les cas de divorce et de séparation de corps prononcés à la requête du mari, astreint la femme à cette caution, en disant que le mari pourrait lui aussi trouver son gage dissipé ou diminué, *eventu conditionis*. Il critique avec une extrême énergie cette disposition de la loi. Pourquoi ! dit-il, astreindre le mari seul à donner caution, pourquoi la femme est-elle dispensée d'assurer cette garantie au mari qui, lui aussi pourra trouver son gage dissipé, quand arrivera le moment de faire valoir son droit ? Pourquoi cette inégalité entre époux, alors qu'il y a égalité de périls (1) ?

§ 2. — *Du préciput sous condition de survie en cas de séparation de biens.*

Lorsque la communauté est dissoute par un jugement de séparation de biens, il est par trop évident que la femme conserve son droit au préciput stipulé en sa faveur ; en effet, ce jugement lui est absolument favorable autant qu'il condamne le mari et elle a pour ainsi dire deux raisons au lieu d'une pour conserver le *jus præcipiendi*.

La délivrance du préciput aura lieu à ce moment, s'il a été stipulé au profit de la femme pour tous les cas de dissolution de communauté, au contraire, il n'aura lieu qu'à la réalisation de la condition de survie, s'il a été prévu seulement pour ce cas.

1. Troplong, n° 2135.

Il y aura donc lieu de procéder, comme s'il y avait divorce ou séparation de corps, à une attribution provisoire. Ici nous rencontrons les mêmes difficultés que celles qui nous ont arrêté, lorsque nous avons examiné la délivrance du préciput en cas de divorce ou de séparation de corps.

Commençons par dire que la femme perd tous ses droits sur le préciput stipulé seulement sur les biens communs, quand elle renonce à la communauté.

Quand elle l'accepte, ce qui est bien rare, la séparation de biens faisant toujours supposer le mauvais état des affaires du mari, partage-t-on la communauté comme si aucun préciput n'avait été stipulé, ou au contraire la totalité du préciput reste-t-elle au mari?

Il nous semble certain, puisque cette hypothèse n'est aucunement prévue par l'article 1518 que nous rentrons dans l'application des principes généraux et nous partageons la communauté par moitié sauf règlement ultérieur (1).

§ 3. — *Du préciput stipulé en prévision de divorce, de séparation de corps, ou de séparation de biens.*

Jusqu'ici nous avons supposé le préciput stipulé pour le cas de survie. Les futurs époux peuvent-ils stipuler que le préciput s'ouvrira en cas de séparation de corps, en cas de séparation de biens, ou même en cas de divorce?

Ni l'art. 1452, ni l'art. 1517 ne sont limitatifs ou ex-

1, Marcadé, art. 1518 IV. Rod. et Pont, n° 1563.

clusifs de conventions contraires. Une telle stipulation est insolite, mais non prohibée (1). Le *jus precipiendi* s'ouvrira en pareil cas, lors de la dissolution de communauté, survenue par une des causes sus-énoncées, sauf en cas de séparation de corps et de divorce, application de la déchéance prévue dans l'art. 1518 contre l'époux qui a donné lieu au divorce ou à la séparation de corps.

Si l'art. 1518 dispose qu'il n'y a pas lieu à la délivrance actuelle du préciput, lorsque la dissolution de la société conjugale s'opère par séparation de corps, séparation de biens, ou même par divorce, c'est parce qu'il prévoit l'hypothèse la plus fréquente où le préciput n'a été stipulé qu'en cas de survie. La cour de Cassation juge constamment, quand un préciput a été stipulé de la manière la plus générale, que la dissolution de la communauté donne ouverture à ce gain de survie. C'est ainsi que dans une espèce qui lui était présentée, elle a jugé que la séparation de biens, avait produit cet effet. En résumé le droit est ouvert par l'événement auquel l'exercice en a été subordonné, c'est ce qui ressort des arrêts auxquels nous renvoyons (2).

La cour de Cassation va même trop loin, selon nous, en décidant comme elle l'a fait dans une espèce où le préciput était stipulé au profit du survivant, que les juges

1. Rod. et Pont, n° 1545-1547. Dall. n° 2924.

2. Req. 16 janv. 1808 (S. V. 8, 1, 209) coll. nouv., 2, 1, 467 ; Dall. 8, 1, 105, Junge : Limoges 6 août 1849 (S. V., 50. 2, 108 ; J. Pal. 1850, t. II p. 134 ; Dall. 50, 5, 71).

peuvent en ordonner la délivrance dès le moment où la société conjugale est dissoute par divorce (1).

En Droit romain, une telle stipulation aurait certainement été illicite. En effet la stipulation par la femme d'une somme d'argent pour le cas où son mari donnerait lieu à un divorce, eût été nulle, parce que le divorce a souvent pour cause un fait immoral et illicite, l'adultère. Le mari ne doit pas avoir besoin de la menace d'une peine pour s'abstenir d'un fait honteux et, en général, celui qui se fait promettre une somme pour le cas où il s'abstiendrait d'un fait honteux et défendu fait une stipulation nulle. *Si ob maleficium ne fiat, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventionione* (2).

Le Droit français n'a reproduit aucune disposition analogue. Nos législateurs, sans le dire, ont sans doute pensé qu'il n'était pas toujours inutile d'aider à l'accomplissement du devoir par la menace d'une peine à encourir.

SECTION VI

Droit fiscal en matière de préciput.

Nous allons maintenant appliquer le droit fiscal au préciput, car comme le disent très-justement MM. Rodière et Pont, on ne peut *séparer la loi civile de la loi fiscale et supposer que l'exigibilité du droit d'enregistrement doit*

1. Req. 14 août 1871 (S. V., 11, 1, 353).

2. Loi 7, § 3, D. liv. II. tit. XIV. Ulp.

être déterminée autrement que par les effets des contrats d'après la loi civile (1).

Au moment du contrat de mariage, la clause préciputaire étant une convention de mariage, ne donne pas lieu à la perception d'un droit particulier sur le contrat de mariage.

Celui-ci encourra bien aujourd'hui, en vertu de la loi du 28 février 1872, un droit gradué, mais ce droit n'est qu'une modification du droit fixe anciennement perçu, pour le salaire de la formalité d'enregistrement.

Nous le répétons, aucun droit particulier ne sera perçu en sus pour la convention de préciput. En effet, le principe du droit fiscal n'atteint que les biens dont le régime est modifié : alors il les frappe d'un droit proportionnel de mutation. Mais ici, aucune modification n'atteint les biens soumis au préciput, puisque aucune transmission ne s'opère.

La loi fiscale est donc d'accord avec la loi civile, en ne frappant pas de droits de mutation les objets soumis au préciput, au moment où se fait cette convention.

A la dissolution du mariage, si la femme accepte la communauté, et prélève le préciput, la loi fiscale atteint-elle les biens préciputaires d'un droit proportionnel de mutation ?

Non encore. Et voici pourquoi : la femme en exerçant son préciput, fait un acte dont le but est de faire cesser l'indivision qui existait entre elle et son mari sur les biens communs. Or, nous savons que le partage qui est un acte par lequel on attribue à un copropriétaire un droit

1. Rod. et Pont, n° 1615.

exclusif sur certains biens en échange du droit indivis qu'il avait sur tous les biens à partager, ne produit pas un effet translatif, mais seulement déclaratif de propriété, art. 883.

C'est donc encore en vertu d'un principe de droit civil que la loi fiscale n'atteint pas la transmission de propriété du préciput de la communauté à la femme; celle-ci va être considérée après partage comme ayant toujours été seule et unique propriétaire des biens préciputaires. Telle est la fiction du partage déclaratif.

Il y aurait à faire les mêmes raisonnements pour le préciput attribué au mari, au cas d'acceptation de la communauté par la femme, et à plus forte raison au cas de renonciation de la femme à la communauté.

L'administration de l'enregistrement n'a pas toujours accepté les conséquences que nous venons de déduire et, pendant quelque temps, se fondant sur l'autorité d'une décision émanée du Ministre des finances, le 22 août 1809, elle exigeait lorsqu'elle rencontrait des clauses préciputaires dans les contrats de mariage, la perception d'un droit fixe de cinq francs, droit qui atteignait les donations éventuelles; en outre, l'administration percevait le droit de mutation par décès, à l'ouverture du droit, par la mort d'un des époux (1).

Mais la Cour de cassation, consultée à ce sujet, a formellement décidé, dans un arrêt de rejet du 30 juillet 1823, qu'il ne s'opère pas de mutation passible du droit proportionnel à l'égard de l'époux préciputaire lorsque les conjoints ont adopté le régime de communauté (2).

1. V. du 10 nov. 1824 et 28 sept. 1825.

2. Dall., 23, 1, 391.

A la suite de l'arrêt de la cour suprême, condamnant l'application extensive de la loi fiscale, l'administration de l'enregistrement revenant aux vrais principes, a déclaré que la convention préciputaire n'était qu'une conséquence des conventions matrimoniales, par suite de laquelle l'époux survivant est censé avoir toujours été propriétaire des objets compris dans son préciput; elle a donc décidé, dans une instruction portée à la connaissance de ses employés, que les préciputs stipulés par les futurs époux, conformément à l'article 1515 du Code civil, ne donneraient lieu ni à la perception du droit fixe sur le contrat de mariage, ni à la perception du droit de mutation par décès, *eventu conditionis*, lorsque les objets composant le préciput sont à prélever sur les biens communs (1).

1. Instruction 26 sept. 1828, n° 1256.

CHAPITRE II

PRÉCIPUT DE LA FEMME RENONÇANTE

Le préciput, pour pouvoir être exercé, suppose que la communauté est acceptée à sa dissolution par les deux époux, quand elle se dissout de leur vivant, et par le survivant et les héritiers de l'époux prédécédé, quand elle se dissout par la mort de l'un d'eux.

Peut-il, en effet, s'agir de prélèvement à exercer sur une masse autre qu'une masse commune? Et, pour avoir le *jus præcipiendi*, ne faut-il pas, avant tout, avoir le *jus capiendi*? Le droit de préciput étant de sa nature inhérent à la qualité de copartageant, ne peut donc appartenir à l'époux renonçant.

Cette règle est absolue en ce qui concerne le mari, mais elle peut recevoir exception en faveur de la femme, car on peut stipuler dans le contrat de mariage, qu'elle aura droit au préciput, même en renonçant, art. 1515, al. 1, *in fine*, et alors renonçante, la femme pourra, en sa qualité de créancière de la communauté et par suite du mari, exercer son préciput pour la totalité sur les biens communs aussi bien que sur les propres du mari, par suite de leur confusion sur une même tête; acceptante, elle pourra encore se prévaloir de sa qualité de créancière pour obtenir le complément de son préciput, même sur

les propres du mari, en cas d'insuffisance des biens de communauté.

SECTION I

Le droit de la femme renonçante est-il un vrai préciput ?

Peut-on dire qu'il y ait un véritable préciput, quand la femme l'a stipulé même pour le cas où elle renoncerait à la communauté ?

Assurément non. Il n'y a plus préciput, au vrai sens juridique du mot, c'est-à-dire prélèvement sur une masse commune, avant partage ; l'expression de préciput comme le dit, en excellents termes, un savant professeur de la Faculté de Droit de Paris, est quelque peudétournée du sens exact que lui assigne son étymologie, puisque la femme ne prend pas part dans la communauté. Mais il est de règle que la volonté des parties doit l'emporter sur les dénominations inexactes qu'elles ont employées, qu'on doit voir ce qu'elles ont voulu plutôt que ce qu'elles ont dit : « *Quod actum est, non quod dictum est* (1). »

C'est *favore nuptiarum*, croyons-nous, que le législateur dans l'article 1515, a admis que la stipulation de préciput au profit de la femme, lui donnerait droit à cet avantage, même en cas de renonciation à la communauté et, alors pour donner effet à la volonté des parties, il a transformé en droit de créance le droit de préciput, qu'on peut considérer, dans une certaine mesure tout au moins,

1. Col. de Sant. sur l'article 1515, t. VI, 182 bis, III.

comme un droit réel, un droit de copartageant, un droit de prélèvement, dit Pothier.

Le *jus præcipiendi* ne porte-t-il pas, le plus souvent, sur des objets dont l'époux préciputaire était déjà propriétaire avant son mariage?

Du moment que nous considérons la femme comme créancière de son préciput, le mari devient responsable du paiement de ce préciput, même sur ses biens personnels, et cet avantage matrimonial, ou plutôt cette créance ne s'évanouit pas si le fonds commun est entièrement absorbé par les dettes communes ou les reprises matrimoniales.

La femme, disons-nous, peut exercer cette créance préciputaire sur les biens de son mari aussi bien au cas d'acceptation qu'au cas de renonciation de sa part à la communauté, car la loi ne distingue pas.

Dans le premier cas, elle ne pourra demander le paiement du préciput sur les biens personnels de son mari qu'en cas d'insuffisance des biens de la communauté (arg. art. 1472), *l'esprit de cette convention étant de rendre le mari et sa succession garants du préciput de la femme* (1), tandis que si elle renonce, elle pourra s'attaquer aussi bien au patrimoine commun qu'au patrimoine personnel qui n'en forment plus désormais qu'un seul appartenant au même maître.

L'article 1519 *in fine* fait probablement allusion au préciput stipulé au cas de renonciation de la femme quand il dit que les *créanciers de la communauté ont toujours le droit de faire vendre les effets compris dans le pré-*

1. Pothier, n° 448. Aubry et Rau, § 529. Rod. et Pont, III, 1568.

ciput, sauf le recours de l'époux, conformément à l'article 1515. Ces mots ont leur explication dans une observation du Tribunal, lors de la communication qui lui fut faite du projet du titre V du Code civil.

Une première rédaction de notre article se terminait ainsi : *sauf le recours de l'époux, pour la valeur, dans le partage de la communauté.*

Des membres du Tribunal firent observer que ce recours n'aurait pas lieu seulement dans l'hypothèse d'un partage, puisque la femme survivante devait l'exercer quelquefois en cas de renonciation à la communauté, quand une stipulation expresse aurait été insérée dans le contrat de mariage; la première rédaction fut donc modifiée et l'on admit que l'article 1519 renverrait purement et simplement à l'article 1515 (1).

Ce recours, en effet, ne peut avoir lieu, qu'au cas de stipulation de cet avantage matrimonial, même en cas de renonciation, le préciput en nature s'évanouissant par la renonciation de la femme à la communauté, ou par la vente des effets compris dans le préciput qui n'est *in se* qu'un droit de prélèvement sur la masse commune.

Le préciput stipulé même en renonçant confère à la femme acceptante ou renonçante le droit d'exercer son hypothèque légale sur les immeubles de son mari pour obtenir dans le premier cas, paiement de ce qui peut lui manquer dans la communauté pour compléter son préciput, dans le second pour obtenir paiement de la totalité

1. Locré, XIII, p. 256. Rod. et Pont, III, 1570. Marcadé sur l'art. 1519. Aubry et Rau, § 529, texte et note 20.

de son préciput sur tous les biens du mari sans exception.

La femme pourra aussi concourir avec les créanciers du mari, sur le montant de la vente des biens de celui-ci (1).

Le droit de la femme renonçante qui s'est réservé un préciput au cas de renonciation, est une créance contre le mari; car les biens communs auxquels la femme a renoncé, sont confondus avec les biens personnels du mari.

SECTION II

Nature du droit de la femme renonçante.

Nous avons décidé plus haut que le préciput qui s'exerce sur les biens communs n'était pas considéré comme libéralité, mais bien comme une convention matrimoniale.

En est-il encore de même quand la femme stipule avec ou sans condition de survie, le droit de prendre son préciput même en cas de renonciation à la communauté?

§ 1. — *Le préciput de la femme renonçante est-il une libéralité?*

La raison de douter de la nature du droit est ici plus forte que pour le préciput ordinaire. Celui-ci se prend sur une masse commune aux deux époux, masse sur laquelle chacun d'eux a des droits égaux; celui-là, au contraire s'exerce sur des biens complètement étrangers à la femme.

Dans le préciput sur biens communs, il serait difficile

1. Cass. 11 juin 1872. Dall., 72, 1, 327.

de voir une libéralité, une transmission de propriété d'un conjoint à un autre. Ne perdons pas de vue, en effet, le principe du partage déclaratif, article 883.

Dans le préciput sur biens du mari, la femme s'est réservé le *jus præcipiendi* même pour le cas où elle renoncerait à la communauté. Renonce-t-elle à cette communauté, elle poursuit le mari, ou plutôt les héritiers de celui-ci *eventu conditionis*, si c'est un préciput stipulé sous condition de survie, pour la totalité de la somme préciputaire. Elle n'aurait, au contraire, prélevé que l'excédant dans le cas où elle aurait accepté la communauté.

Dans les deux hypothèses, la femme agit sur des biens qui lui sont totalement étrangers. Il s'opère donc une vraie transmission de propriété, quand s'exécute le paiement du gain préciputaire, et les règles du partage déclaratif n'ont rien à faire ici.

La diversité dans les résultats pourrait donc conduire à des solutions différentes.

Comment! dit-on, le droit que la femme exerce, en cas de renonciation dériverait-il de l'association qui a existé entre elle et son époux? Ce droit n'est-il pas indépendant de ceux qu'elle a dans la société conjugale?

Ces raisons, reconnaissons-le, sont sérieuses, et des auteurs attribuent au préciput de la femme sur biens du mari le caractère de libéralité, tout en reconnaissant au préciput sur biens communs le caractère de convention matrimoniale.

Pour soutenir cette opinion, on se fonde sur un texte de Lebrun que nous avons déjà cité, en examinant le caractère attribué au préciput, par l'ancien droit, et que nous

rappelons ici : « *Au contraire, disait cet auteur, il se peut prendre sur les propres du mari, quand il est donné à la femme, en cas qu'elle renonce à la communauté, parce qu'en ce cas c'est une donation* (1).

Au contraire, Pothier ne considérait pas comme une libéralité, le préciput de la femme renonçante, car, dit-il, ce droit est dépourvu de toute garantie et ne confère qu'une espérance à la femme. C'est une assurance qu'elle contracte contre les risques qu'elle court en confiant l'administration de ses biens à son époux. Il donnait une solution inverse quand les conjoints se faisaient un don mutuel. Il y avait lieu, dit-il, de présumer chez les parties l'*animus donandi*, le don mutuel étant inspiré par l'affection réciproque, de là son nom (2).

Les auteurs qui attribuent au préciput de la femme renonçante le caractère de libéralité peuvent encore invoquer en leur faveur un argument tiré de la jurisprudence, en matière fiscale.

L'administration de l'enregistrement percevait en effet le droit de donation éventuelle sur le contrat de mariage et le droit proportionnel en cas de prédécès du mari, si la femme répudie la communauté (3).

Il serait logique, suivant la manière du voir du fisc, de percevoir, outre le droit fixe sur le contrat de mariage, qui est un droit gradué depuis la loi du 23 février 1872,

1. Lebrun, liv. III, ch. II, sect. I, dist. v. n° 5.

2. Poth. p. 497 et 498. t. VII.

3. Inst. du 26 sept. 1288, n° 1526. *sic*, cass. 12 juin 1872. (Dall. 72, 1. 327). Garnier, *Rép. Enregt.* n° 5231, § 1. *contra* C. et R. Traité des droits d'enreg. n° 2907.

un droit de mutation pour la transmission des valeurs que la femme prendrait, au cas d'acceptation, sur les propres du mari pour compléter ce qui lui manquerait dans son préciput.

Faisons une remarque : Il peut y avoir inconvénient à décider que le préciput de la femme renonçante est une donation. En effet, ce préciput ne se prend sur les biens du mari qu'à défaut de biens communs. Donc, si la communauté est bonne, la femme l'accepte, prend son préciput sur les biens communs. Il y a convention matrimoniale.

Si la femme renonce, elle le prend sur les biens du mari, il y a donation. Allons plus loin. Si la femme prend seulement l'excédant du préciput sur les biens du mari, la clause est à la fois convention de mariage et donation.

Y a-t-il quelque intérêt à prévoir ces contradictions ? puisque en somme le préciput ne s'exerce qu'à la dissolution de communauté et qu'on peut alors déterminer sa nature. N'est-ce pas la liquidation qui détermine sur quels biens il s'exerce ? L'utilité de fixer à l'avance le caractère du préciput de la femme renonçante, pourrait cependant se présenter, lors de la rédaction du contrat. Les ascendants qui donnent leur consentement au mariage, ou font des libéralités peuvent être dirigés par cette considération que le préciput stipulé par la femme même au cas de renonciation, est une donation ou une convention de mariage, ce qui doit modifier les droits des enfants à naître du mariage et les ascendants peuvent bien se préoccuper du sort de ces enfants.

§ 2. — *Conséquences du caractère attribué au préciput de la femme renonçante.*

Si on attribue le caractère d'une donation au préciput de la femme renonçante, comme il cesse d'être une convention entre associés, il faut en déduire plusieurs conséquences :

1^o Le préciput peut être réduit non-seulement au profit des enfants d'un précédent mariage, mais encore au profit des enfants à naître du mariage ;

2^o Il serait encore réductible au profit des autres héritiers réservataires, père, mère et autres ascendants s'il entamait la quotité disponible. Enfin il serait aussi rapportable au décès du donateur par ceux qui hériteraient de lui (1).

Quelles que soient ces raisons, nous nous rangeons à l'opinion des auteurs qui voient toujours dans la clause préciputaire, sans distinction aucune, une convention de mariage, par conséquent une convention à titre onéreux.

Une telle distinction ne saurait être admise. Comment ! une clause qui, en cas d'acceptation de la communauté par la femme n'est qu'une convention de mariage, serait transformée en une donation par le seul effet de la renonciation de celle-ci.

Il y a là, assurément un manque de logique et, ce serait prêter au législateur une intention qu'il n'a jamais eue.

1. *Sic.* Troplong, n^o 2124, *contra.* Rod. et Pont, 1533. Aubry et Rau, § 529, note 5.

Dans l'hypothèse d'un préciput accordé même à une femme renonçante, clause permise aux termes de l'article 1515, 1^{er} al. *in fine*, il y a un avantage qui forme un tout dans l'intention des contractants.

Peut-on supposer que les futurs époux à qui les connaissances juridiques font presque toujours défaut ont entendu assigner une nature différente au droit de la femme renonçante qu'au droit de la femme acceptante?

Ils ne se préoccupent guère des modifications que le jeu des principes devait amener dans leurs rapports réciproques à la dissolution de leur communauté seulement, ou à la dissolution de leur union conjugale.

Quelle est au surplus l'intention de la femme en se faisant consentir cette clause dans son contrat de mariage? Est-elle mue par l'idée de profiter d'une libéralité? Nous répondons non. Son but, au moins faut-il le présumer, peut être d'échapper à une liquidation longue et compliquée, tout en se soustrayant à la responsabilité qui incombe à la femme qui accepte la communauté; son but aussi a pu être de se mettre en garde contre la gestion d'un mari inhabile et peu expérimenté. Le préciput alors serait comme une assurance contre la mauvaise administration du mari. C'est en vain, disent MM. Aubry et Rau, que l'on rechercherait ici l'élément sans lequel il n'y pas donation, l'*animus donandi*. « *Si non donandi animo, sed negotii gerendi causa dotem promiserit; in donatione enim nullum negotium mixtum est* (1). »

Nous déciderions encore que le préciput de la femme renonçante ne constitue pas une libéralité alors même que

1. L. 29, § 1, D., de adm. tutor. L. 59, de donat. inter vir.

les futurs époux emploieraient dans leur contrat de mariage des expressions impliquant plus ou moins l'idée de donation.

Les tribunaux ont déjà déclaré, par une interprétation souveraine, que la clause dont nous nous occupons constitue une simple convention de mariage et non une donation (1).

SECTION III

Du préciput de la femme renonçante en cas de divorce, de séparation de corps ou de séparation de biens.

Lorsque la femme s'est réservé un préciput même au cas de renonciation à la communauté, si elle l'a stipulé pour tous les cas de dissolution de la communauté, le préciput lui est attribué à la dissolution de cette communauté, survenue par une cause quelconque.

Si au contraire elle l'a stipulé sous condition de survie, comme cette condition ne s'est pas encore réalisée, la totalité du préciput reste provisoirement au mari, conformément au système que nous avons adopté sur la fin de l'article 1518 et aux termes de l'article 1452.

Mais en revanche, l'article 1518 impose au mari l'obligation de fournir caution à sa femme comme garantie de la restitution éventuelle de son préciput, dans deux cas ; 1^o dissolution de communauté par divorce ; 2^o dissolution de communauté par séparation de corps.

Lorsque la dissolution de communauté s'opère à la suite d'un jugement de séparation de biens, la délivrance

1. V. Amiens, 23 janv. 1851. Dall. 52, 2, 249.

du préciput n'a pas lieu au profit de la femme, puisque nous le supposons, la condition de survie ne s'est pas réalisée. Aucun doute n'est possible.

Mais, ce point admis, le mari doit-il caution pour cette restitution, dans le silence de l'article 1518 à ce sujet? Raisonnera-t-on par analogie de ce qui a lieu et au cas de séparation de corps et au cas de divorce? Grave controverse.

Des auteurs décident notamment que le mari n'est pas tenu de fournir caution à la femme, la loi n'exigeant de lui cette garantie que dans l'hypothèse d'une séparation de corps ou d'un divorce. Or, *qui dicit de uno, negat de altero*.

Nous repoussons cette opinion. N'y a-t-il pas plutôt une raison *a fortiori* pour exiger du mari dans ce cas, au profit de la femme, cette caution que la loi lui accorde dans les précédentes hypothèses?

Est-ce que le législateur ne prévoit pas sinon expressément, au moins tacitement le cas de dissolution de communauté par une séparation de biens, puisque la séparation de corps entraîne toujours avec elle, accessoirement, la séparation de biens?

Les rédacteurs du Code civil avaient probablement en vue les conséquences de la séparation de corps quand ils écrivaient l'article 1518 du Code civil.

Ne les eussent-ils pas en vue, peut-on supposer que leur intention était autre? Raisonner autrement, ce serait rendre les rédacteurs du Code civil, d'ordinaire si prudents, coupables d'une grande imprévoyance.

N'est-ce pas, en effet, quand une séparation de biens

intervient que la femme a le plus besoin de garanties, cette séparation faisant toujours supposer le mauvais état des affaires du mari ?

Au contraire, comme nous l'avons vu, les jugements en séparation de corps ou en divorce intervenus à la requête de la femme contre le mari, sont fondés sur des causes d'une toute autre nature ; ils ont leurs fondements non dans un intérêt pécuniaire, mais dans un intérêt purement moral.

SECTION IV

Droit fiscal, en cas de préciput de la femme renonçante.

Nous avons vu, que quand il s'agit de préciput sur biens de communauté, l'administration de l'Enregistrement ne perçoit ni droit fixe, ni droit proportionnel, relativement à cette convention de mariage.

Il en est tout autrement, quand le préciput a été stipulé sur biens du mari. La Régie voit dans cette convention, une donation ; par suite elle perçoit : 1° un droit fixe de donation éventuelle, au jour du contrat de mariage, et au jour du décès, le droit proportionnel de mutation par décès entre époux, si la femme renonce à la communauté (1).

Cette décision est admise par la Régie et par certains auteurs, parce que le préciput de la femme renonçante, à la différence du préciput ordinaire qui ne se prend que

1. Déc. M. fin., 6 mai 1828 (Inst. 26 sept. 1828, n° 1256, § 4), cass. 12 juin 1872 (Inst. 2456-2, Rép. pér. 3520 ; Rép. g. 52, 31-1).

sur biens de communauté, s'élargit et s'étend à la fois sur des biens qui sont totalement étrangers à la femme; puisque par sa renonciation, la loi la considère comme n'ayant jamais eu aucun droit sur les biens de communauté, et lui permet de prendre son préciput sur tous les biens du mari sans distinction entre les propres et les biens communs dont la propriété est dès lors confondue sur la tête de celui-ci.

Il s'opère donc une vraie transmission de propriété au profit de la femme et il est juste que la législation fiscale l'atteigne. Cette solution n'est pas admise par tous les auteurs et MM. Championnière et Rigaud, notamment; n'admettent pas l'exigibilité du droit. Leur opinion a été adoptée par le tribunal de Rennes dans deux jugements (1).

En appliquant les principes que nous venons de voir, nous déciderions également que la femme qui aurait stipulé un préciput même en cas de renonciation à la communauté et qui, lors de la dissolution du mariage accepterait la communauté ne paierait aucun droit de mutation quant aux effets préciputaires qu'elle trouverait dans la communauté, mais au contraire paierait le droit de mutation par décès quant aux effets qu'elle serait obligée de prendre, pour compléter son préciput, sur les propres de la succession de son mari ou même sur les propres biens des héritiers; peut-elle se prévaloir de sa qualité de commune sur ces effets-là? (2).

1. C. et R. n° 2907. *sic* 24 déc. 1844 et 11 juin 1845 (*contrôleur* n° 7111 et 7396).

2. Rod. et Pont, n° 1572 et 1573. — Demante, principes de l'Enregist. t. II, n° 623.

Mais, nous l'avons vu, le préciput aurait pu être stipulé au profit de la femme renonçante, à la dissolution de la communauté survenue non par le décès de son mari mais par toute autre cause, séparation de corps ou de biens, et même divorce. Y a-t-il encore lieu par l'administration de percevoir le droit proportionnel de mutation par décès, ou le droit proportionnel de mutation ordinaire par suite de donation ?

Cette question n'offre aucun intérêt pratique puisque dans les deux cas le droit proportionnel est le même.

Lorsqu'il s'opère une mutation par décès entre époux, résultant d'une donation éventuelle, comme c'est notre cas, la Régie perçoit sans distinction de meubles et d'immeubles 3 pour 100.

CHAPITRE III

SOUS QUEL RÉGIME MATRIMONIAL LES CONJOINTS PEUVENT-ILS STIPULER UN PRÉCIPUT ?

Il est bien évident que la question vise la femme seule, car le mari ne peut stipuler un préciput que sur les biens communs et non sur les biens personnels de la femme. Donc, il n'y a de préciput possible pour le mari que sous les régimes à fonds communs.

Pour la femme la question est délicate.

I. — Le préciput sur biens de communauté, suppose un patrimoine commun. Par suite la femme peut assurément le stipuler sous les régimes qui comportent un patrimoine de ce genre ; par exemple, le régime de communauté légale, celui de communauté réduite aux acquêts et enfin le régime dotai combiné avec une société d'acquêts.

La femme ne pourrait donc pas stipuler un préciput ordinaire sous les régimes qui ne comportent pas de patrimoine commun ; par exemple, les régimes sans communauté, de séparation de biens, ou le régime dotai pur.

Mais la question ne peut-elle pas être soulevée de savoir si la femme ne pourrait pas stipuler un préciput sur biens du mari sous toute espèce de régimes ?

Une pareille opinion pourrait être soutenue par les arguments suivants :

L'article 1515 en autorisant la femme à stipuler un préciput même en cas de renonciation, l'autorise par là même à stipuler un préciput sur les biens du mari. Pourquoi ne pourrait-elle passous les régimes sans fonds communs stipuler un avantage pareil? Où est la raison de douter? L'article 1387 ne permet-il pas la combinaison de toutes les clauses prévues par le texte sans compter les clauses licites qu'il plaît aux époux d'insérer dans le contrat.

La loi dans l'article 1515 a en vue le *de eo quod plerumq̃te fit*, le régime de communauté de biens ayant été de tout temps en France, le régime le plus répandu. Du reste, on l'a vu, une clause de ce genre peut exister accessoirement à côté soit du régime dotal, soit du régime sans communauté. L'article 1515 a prévu aussi, sinon expressément au moins implicitement, les régimes sans fonds communs. Cet article, ne dit-il pas implicitement que le préciput de la femme renonçante s'exerce même sur les biens personnels de l'époux prédécédé? Où est la réserve de la loi dans ce cas? Nulle part, *biens personnels* visent les biens du mari sous tous les régimes sans distinction aucune.

A ces arguments du système qui admet la clause préciputaire sous tous les régimes, nous répondons que l'art. 1515 qui a son siège au titre de la communauté, a prévu le préciput sous le régime de communauté. Ne dit-il pas que la femme survivante peut l'exercer même en renonçant? ce qui ne peut viser autre chose qu'un régime de communauté de biens entre conjoints.

En outre, la loi en accordant à la femme commune le privilège, ce mot n'est pas de trop, de conserver son préciput même en cas de renonciation, a eu sous ce régime un motif spécial qui n'existe pas sous les autres régimes.

En effet, la loi accorde ce privilège, dans le but de permettre à la femme d'échapper aux conséquences désastreuses de la mauvaise administration de son mari, puisqu'une femme acceptante endosse dans une certaine mesure la responsabilité des actes de son mari.

En vain nos adversaires objectent-ils que le préciput de la femme renonçante s'exerce même sur les biens personnels de l'époux prédécédé.

Il n'en est pas moins vrai que la loi ne valide la stipulation de préciput que pour la femme renonçante, ce qui suppose le régime à fonds communs.

D'ailleurs cette stipulation n'a-t-elle pas souvent pour but de reprendre des objets déterminés auxquels la femme attache une affection particulière ? Non, avouons pourtant que cette réponse n'est pas toujours topique ; car la femme peut fort bien stipuler un préciput en valeur, en cas de renonciation, et on ne peut plus alors lui attribuer d'autre but que de se préparer une réserve pour l'avenir.

Mais cela même montre que la stipulation de préciput n'est valable que pour les régimes à fonds communs, puisque ce sont les seuls sous lesquels on comprend que la femme, privée de ressources sur le fonds commun dissipé par la mauvaise administration du mari, se réserve dès lors une créance personnelle sur les biens propres du mari.

Qu'espère la femme qui choisit le régime à fonds communs.

Avoir à la dissolution du régime, des ressources dans les économies qu'elle partage avec le mari.

Rien de plus naturel dès lors qu'à défaut d'économies, elle puisse se rejeter sur les biens du conjoint.

Rien de semblable sous les régimes sans fonds communs.

Ici, nos adversaires réfutent cette réponse en disant à leur tour, qu'elle n'attribue que deux pensées à la femme préciputaire, celle de s'assurer des objets désignés par elle, ou celle de compenser le défaut d'économies de la part du mari ; ce qui justifierait le système qui limite la stipulation de préciput aux régimes à fonds communs.

Mais il peut arriver que la femme ait une autre pensée en faisant la stipulation ; celle de s'assurer une ressource après la dissolution du mariage, surtout après la mort du mari. Or, cette considération s'applique surtout aux régimes sans fonds communs ; c'est là surtout que la femme n'ayant à espérer aucun partage dans les économies réalisées par le mari, a besoin de stipuler un préciput sur les biens personnels de celui-ci.

II. — Entendons-nous bien, toutefois sur la portée des solutions admises dans les deux systèmes précédents.

En disant que la femme ne peut stipuler de préciput sous les régimes sans fonds communs, nous entendons que la stipulation sous ces régimes vaudrait en elle-même, et que la femme serait créancière du mari, puisque toute clause non déclarée illicite peut trouver place

dans le contrat de mariage ; rien d'illicite n'apparaît dans cette stipulation. Mais nous voulons dire que la clause constituerait alors non plus une convention matrimoniale, comme sous les régimes à fonds communs, mais une véritable libéralité du mari à la femme, et, de là toutes les conséquences signalées plus haut, qui différencient la convention matrimoniale, de la donation directe. C'est bien là une vraie libéralité posthume que le mari accorde gracieusement à la femme au moment du mariage.

Mais ce que nous refusons d'admettre c'est qu'une pareille clause soit une simple convention matrimoniale, elle est bel et bien une donation ouverte à la réduction de tous les réservataires et susceptible d'un droit de mutation. Nous décidons donc que ce préciput, ou plutôt cette créance préciputaire est une donation et non une convention de mariage, comme l'admet l'opinion opposée à la nôtre. Disons que sur un point, tout en partant de principes différents, nous aboutissons à une conséquence identique en droit fiscal. Le système adverse admet la perception du fisc pour le droit de mutation qui a lieu du mari à la femme. En effet si le fisc perçoit déjà un droit de mutation, sur les valeurs transmises à la femme renonçante sous les régimes à fonds communs ; il ne peut en être autrement pour le préciput stipulé sous les régimes à fonds séparés.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

- I. — Le testateur ne pouvait pas léguer *per præceptionem* la chose d'autrui.
- I. — L'action *ex stipulatu* à laquelle sont exposés les cohéritiers, (L. 20 § II D. *fam. ere*) n'exclut pas l'action *rei uxoriæ*.
- III. — Le fils de famille exhérédé prélevait la dot de sa femme dans la succession paternelle en exerçant l'action *familiæ erciscundæ* utile.
- IV. — Les cautions dont parle la loi 78, p. D. liv, XXVIII. tit. V. *de heredibus instituendis* garantissent les obligations des cohéritiers entre eux.
- V. — Dans la loi 35, § I D. *de hered instit.* le mot *aliud* s'applique aux *legs per damnationem et sinendi modo*.

B. — POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

- I. — Le seul consentement était insuffisant pour la formation du mariage.

- II. — Même sous Justinien, les pactes et les stipulations ne suffisaient pas pour faire naître le droit réel d'usufruit ou de servitude.
- III. — Dans le legs *per vindicationem*, selon l'opinion qui avait prévalu, la chose appartenait au légataire dès que l'adition d'hérédité avait eu lieu.
- IV. — La règle *dies interpellat pro homine* n'était pas admise dans la législation romaine.

DROIT FRANÇAIS

A. — POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

ANCIEN DROIT

- I. — La femme n'avait pas droit à son préciput, en cas de renonciation à la communauté. Il fallait une clause expresse dans le contrat de mariage pour qu'elle eût ce droit.
- II. — La mort civile ainsi que l'absence, donnait ouverture au préciput.

CODE CIVIL

- I. — Le préciput s'étend à tous les objets de l'espèce stipulée dans le contrat de mariage, alors même que cet avantage matrimonial aurait pris un développement que n'ont pas pu prévoir les futurs époux.

- II. — Le préciput est une convention de mariage et non une donation.
- III. — Quand le préciput a été stipulé sous une alternative, le choix appartient à l'époux préciputaire.
- IV. — Le préciput sur objets déterminés ne confère pas un droit réel à l'époux préciputaire.
- V. — A la suite d'une séparation de corps prononcée au profit de la femme préciputaire, si elle accepte la communauté, on partage provisoirement les biens comme si aucun préciput n'avait été stipulé. Dans le même cas, la femme acceptante ne peut pas demander caution à son mari, pour sûreté de son préciput.
- VI. — La femme ne peut stipuler un préciput que sous les régimes de communauté.

B. — POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

DROIT CIVIL

- I. — La reconnaissance d'un enfant naturel, même faite dans un testament authentique, est irrévocable.
- II. — L'héritier même pur et simple, n'est pas tenu du paiement des legs *ultra vires hereditatis*.
- III. — Le mari, avec le concours de sa femme, peut disposer à titre gratuit des immeubles de la communauté.
- IV. — L'hypothèque légale de la femme frappe les conquêts de communauté comme les immeubles propres du mari.

DROIT COUTUMIER

- I. — La veuve qui se remariait conservait son droit à la Quarte de conjoint pauvre.
- II. — La stipulation d'un préciput ne mettait pas obstacle au préciput des nobles.
- III. — Le conjoint noble survivant était tenu des dettes et charges *ultra vires emolumentii*.

ENREGISTREMENT

- I. — Lorsque conformément à l'art. 1408 2^e al. le mari devient seul, et *en son nom personnel*, acquéreur de la portion d'un immeuble appartenant par indivis à la femme, l'acquisition est une vente pure et simple et le mari doit les droits de mutation de 5,50 0/0.

Vu par le président de la thèse,
LYON-CAEN

Vu par le Doyen,
E. COLMET DE SANTERRE

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris
GRÉARD

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

Du legs per præceptionem

PROLÉGOMÈNES	5
CHAPITRE I. — Legs <i>per præceptionem</i>	7
Section I — Personnes auxquelles on peut léguer <i>per præceptionem</i>	10
Section II. — Choses qui peuvent-être léguées <i>per præceptionem</i>	13
Section III. — Effets du legs <i>per præceptionem</i>	16
Section IV. — Modalités du legs <i>per præceptionem</i>	23
Section V. — Droit d'accroissement dans le legs <i>per præceptionem</i>	30
Section VI. — Application de la loi Falcidie au legs <i>per præceptionem</i>	36
CHAPITRE II. — Dos <i>prælegata</i>	42
Section I. — Origines du <i>prælegatum dotis</i>	42
Section II. — Distinction du <i>legatum dotis et du legatum pro dote</i>	44
Section III. — Legs des <i>parata</i>	47
Section IV. — Du <i>prælegatum dotis</i> , après la naissance de l'action <i>rei uxoriæ</i>	49
Section V. — Du prélèvement de la dot dans une autre succession que celle du mari.....	50
CHAPITRE III. — <i>Institutio ex re certa</i>	56
Section I. — <i>Institutio ex re certa</i> faite par un <i>paganus</i>	56
Section II. — <i>Institutio ex re certa</i> faite par un <i>miles</i>	63

DROIT CIVIL

Des préciput conventionnel.

INTRODUCTION HISTORIQUE	71
Du préciput conventionnel dans l'ancien droit.	71
I. — Origines du préciput conventionnel	72
II. — Etendue du préciput conventionnel	78
III. — Au profit de qui pouvait être stipulé le préciput.	79
IV. — Nature du préciput conventionnel dans l'an-	
cien droit	82
V. — Cas d'ouverture du préciput conventionnel ...	88
Du préciput conventionnel suivant le Code civil	94
CHAPITRE I. — Préciput sur biens communs au profit....	
de l'époux survivant	95
Section I. — Au profit de qui le préciput peut être sti-	
pulé	102
Section II. — Etendue du préciput	103
§ 1. — Choses sujettes au préciput	103
§ 2. — Interprétation de la clause préciputaire quant	
à son étendue	106
Section III. — Nature de la convention préciputaire...	112
Section IV. — Effets du préciput	119
Section V. — Du préciput en cas de divorce, de séparation	
de corps, ou de séparation de biens	124
§ 1. — Du préciput sous condition de survie, lorsque	
intervient un divorce ou une séparation de corps..	125
§ 2. — Du préciput sous condition de survie, en cas	
de séparation de biens	140
§ 3. — Du préciput stipulé en prévision de divorce,	
de séparation de corps ou de séparation de biens.	141
Section VI. — Droit fiscal en matière de préciput,	143

CHAPITRE II. — Préciput de la femme renonçante.....	147
Section I. — Le droit de la femme renonçante est-il un vrai préciput?.....	148
Section II. — Nature du droit de la femme renonçante.	151
§ 1. — Le préciput de la femme renonçante est-il une libéralité?.....	151
§ 2. — Conséquences du caractère attribué au préci- put de la femme renonçante.....	155
Section III. — Du préciput de la femme renonçante en cas de divorce, de séparation de corps ou de sépara- tion de biens.....	157
Section IV. — Droit fiscal en cas de préciput de la femme renonçante.....	159
CHAPITRE III. — Sous quel régime matrimonial les con- joints peuvent-ils stipuler un préciput?.....	162

Imp. des Écoles, HENRI JOUVE, 23, rue Racine, PARIS
